This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HW RIAK

Digitized by Google

AH 713884.3

The Gift of the Author.

28 May, 1885

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

RÉSUMÉ

DU

COURS DE DROIT ROMAIN

PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

PAR C. APPLETON

TOME PREMIER

Prix : 4 fr.

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
LIBRAIRES-ÉDITEURS
22, Rue Soufflot, 22.

LYON
HENRI GEORG
LIBRAIRE-ÉDITEUR
65, Rue de la République, 65.

1884

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

RÉSUMÉ

DU

COURS DE DROIT ROMAIN

Professé à la Faculté de Droit de Lyon

PAR C. APPLETON

Digitized by Google

AH 7138.84.3
~~II. 5/65~~ 1885. May 28,
Gift of
The Author.

EXPLICATION DES SIGNES

J. Institutes de Justinien.
G. Commentaires de Gaius.
D. Digeste.
C. Code.
N. Novelle.
P. Pauli sententiæ receptæ.
U. Ulpiani liber regularum.
V. Fragmenta vaticana.
L. Loi.
Pr. Prœmium.

Exemple. — L. 10, § 5, D. de ad. rer. dom. 41, 1. — Loi 10, § 5, Digeste, de adquirendo rerum dominio, livre XLI, titre 1.

Lorsque le livre et le titre du Digeste, du Code, des Institutes, etc., ne sont pas indiqués, la citation se rapporte au livre et au titre indiqués *dans le texte de ce résumé*, en tête de la matière à laquelle se rapportent les notes.

Digitized by Google

RESUMÉ

DU

COURS DE DROIT ROMAIN

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

CHAPITRE I

Sens des mots : droit, loi, devoir. De la loi. De la loi morale, de ses bases et de ses préceptes. Devoirs parfaits et imparfaits, distinction du droit et de la morale. Droit naturel, son insuffisance.

§ 1. — Divers sens du mot droit.

Le mot droit a plusieurs sens :

1° Science des lois, ex. : étudier le droit ;

2° Loi ; ex. : Droit naturel pour loi naturelle ;

3° Faculté d'agir conformément à la loi.

§ 2. Sens du mot loi en général.

Le mot loi, dans son sens le plus général, désigne le rapport constant et nécessaire d'une cause avec son effet.

Digitized by Google

Lois physiques, lois morales. Chez les êtres organisés, le principe de vie qui les anime étant considéré comme cause, a pour effet le développement de l'individu et la conservation de l'espèce. La force qui de cette cause mêne à cet effet est la loi du développement, etc., de ces êtres, autrement dit leur *destinée*. Chez tout être sensible l'obstacle apporté à l'accomplissement de sa loi est une source de souffrance.

§ 3. — De la loi morale.

L'homme se distingue des animaux non seulement par une intelligence tout au moins très supérieure, sinon même d'un autre ordre, mais surtout par la *liberté*, faculté de se décider à faire ou à ne pas faire, malgré les motifs les plus puissants qui nous sollicitent en sens contraire.

Preuves de la liberté. L'homme étant libre pourrait contrarier la loi de son être, ce qui aboutirait à la souffrance, il faut donc qu'il emploie son intelligence à rechercher sa *loi*, autrement dit sa *destinée*, et sa liberté à y obéir.

Quelle est la loi, ou destinée de l'homme? 1° Destinée physique : progrès matériel par la société, avantages de la société; (1) 2° Destinée intellectuelle : progrès intellectuel par la société. Ces progrès, pour atteindre leur maximum, exigent la collaboration du genre humain tout entier. 3° Destinée morale. Elle découle de deux idées : *a*) Distinction du *bien* et du *mal*, variable dans ses applications de détail, mais perpétuelle dans son essence et ne se confondant jamais entièrement avec l'idée de *l'utile* et du *nuisible*. *b*) Conscience de l'obligation au bien, idée de mérite et de démérite. Donc la destinée morale de l'homme consiste à distinguer le bien et à l'accomplir. La distinction du bien et du mal repose sur l'idée, admise de toute antiquité d'après les témoignages historiques, que certains actes plaisent et que

(1) Voyez Bastiat, cité par Glasson, *Elément de Droit français* etc... T. I, p. 10 et 11.

Digitized by Google

d'autres déplaisent à la divinité. Cette notion doit être considérée comme faisant partie de la nature même de l'homme. Elle implique nécessairement une destinée ultérieure, car obéir à la loi morale, c'est-à-dire faire le bien et s'abstenir du mal, est souvent une source de souffrance dans la vie actuelle, tandis qu'en général l'accomplissement de la loi est pour tout être sensible une source de bonheur. D'un autre côté, il n'est pas possible d'admettre que des êtres libres, obéissant volontairement à la loi de leur *destinée*, n'obtiennent pour résultat qu'une souffrance sans compensation ultérieure, car, s'il en était ainsi, l'univers et l'homme en particulier seraient l'œuvre d'une force aveugle ou perverse, et non celle d'une intelligence bienveillante, comme le démontrent la philosophie et l'étude de la nature. Par conséquent la loi morale repose nécessairement sur la double notion de l'existence de Dieu et de la vie future. Si l'on fait abstraction de cette double idée, la loi morale s'écroule faute de base, et l'organisation sociale n'a plus pour base *le droit* mais bien *la force*, dès lors personne n'est plus moralement tenu de la respecter.

§ 4. — Préceptes de la loi morale.

Qu'est-ce que le mal? 1° A l'égard de nous-même, le mal consiste à mettre volontairement obstacle à l'accomplissement de notre destinée. 2° A l'égard des autres ce mot désigne tout acte par lequel nous entravons l'accomplissement de la destinée physique, intellectuelle ou morale d'un autre homme. — Le bien consiste dans les actes opposés. Or, la destinée de l'homme étant de progresser au point de vue physique, intellectuel et moral par l'association des efforts individuels, il en résulte que pour réaliser pleinement son apport social, l'homme doit faire à autrui ce qu'il voudrait qu'on lui fît à lui-même pour l'aider à accomplir sa destinée physique, intellectuelle et morale; à plus forte raison, ne pas faire à autrui ce qu'il ne voudrait pas qu'on lui fît à lui-même. Ces deux préceptes fondamentaux de la loi naturelle se résument dans l'idée de la fraternité humaine. Cette idée, étrangère aux peuples anciens, fut indiquée

Digitized by Google

par quelques philosophes, mais il est juste de reconnaître qu'elle a été surtout vulgarisée et sanctionnée par le christianisme.

§ 5. — Le *devoir* est l'obligation d'obéir à la loi naturelle. Le *droit* est la faculté qui appartient à tout homme d'accomplir librement sa destinée suivant la loi naturelle et d'écarter tous les obstacles qui s'y opposeraient. Mais comme la loi naturelle veut que tous les hommes puissent accomplir leur destinée qui est le progrès, et que ce progrès ne peut se réaliser que dans une société présentant des garanties pour les personnes et les biens, il en résulte la règle suivante : est interdit par la loi naturelle tout acte qui, s'il était accompli par tous, rendrait impossible l'existence d'une société progressive.

§ 6. — Des devoirs parfaits et imparfaits, distinction du droit et de la morale.

A tout droit correspond un devoir, celui pour les autres hommes de respecter le droit d'autrui, (devoirs parfaits) ; mais à tout devoir ne correspond pas nécessairement un droit (devoirs imparfaits). Les devoirs imparfaits sont du domaine de la religion ou de la morale, la science du droit ne s'occupe que des devoirs auxquels correspondent des droits (*alterum non lædere suum cuique tribuere*), mais non en principe de ceux qui rentrent sous la règle : *honeste vivere* (2) qui constitue plutôt un précepte de morale. Définition de *Justicia*, de *Jus* et de *Jurisprudentia* (3).

§ 7. — Droit naturel *stricto sensu* ; son insuffisance. Le droit naturel *stricto sensu* détermine les devoirs parfaits de l'homme envers les individus et la société. Il est insuffisant, car la société doit pouvoir encore prescrire ou interdire certains actes moralement indifférents, lorsqu'un intérêt social l'exige. De plus son application donnerait lieu à un dangereux arbitraire. De là la nécessité des lois positives.

(2) J. I, 1, § 3. (3) J. I, 1, pr. § 1. — L. 1, pr. § 1, L. 10 § 2. D. de just. et jure I, 1.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Lois positives; divisions du droit positif; de la méthode à suivre pour l'interpréter.

§ 1. Les lois positives sont celles que l'homme a établies pour réglementer la société particulière dans laquelle il vit. Elles doivent, pour être bonnes : 1° ne pas empiéter sur le domaine de la morale en prescrivant impérativement l'accomplisssement de devoirs non corrélatifs à des droits; 2° a plus forte raison ne commander aucun acte contraire au droit naturel ; 3° ne diminuer les droits naturels de l'individu que dans la stricte mesure des sacrifices qu'il faut qu'il fasse à la société, suivant les circonstances de temps et de lieu. Les lois positives contiennent donc toujours des éléments contingents et variés.

§ 2. Divisions du droit positif :

a) Au point de vue de sa source, le droit positif découle soit du *droit naturel*, soit du *droit des gens* (*jus gentium*), c'est-à-dire des usages généralement admis par tous les peuples, soit du *droit civil* c'est-à-dire des institutions propres à chaque peuple. (1)

Chez les modernes l'expression *droit des gens* signifie droit international. A Rome les étrangers étaient admis à participer aux institutions qui découlaient des deux premières sources, mais non à celles qui appartenaient au droit civil. Les Romains confondent souvent le droit naturel et le droit des gens (2) qui pourtant diffèrent. (3)

b) Au point de vue de son objet : Droit déterminateur, qui pose les règles; droit sanctionnateur qui en assure l'observation, principalement en punissant les

(1) J. I, 1, § 4 *in fine*, et I, 2 § 1 et 2. (2) J. II, 1, § 1 (3) J. I, 2, § 2.

Digitized by Google

contrevenants (Droit pénal) et en instituant des moyens de faire reconnaître et sauvegarder son droit par la force sociale (Procédure).

c) Au point de vue de son objet :

1° Droit Public, subdivisé en droit constitutionnel, droit administratif, droit international; le droit pénal fait aussi partie du droit public.

2° Droit privé qui règle les rapports des particuliers entre eux. (4)

3° Au point de vue de la manière dont il a été établi; le Droit écrit est celui qui a une date et un législateur certain; le Droit non écrit est celui qui s'est fondé peu à peu par la coutume. Origine inexacte de cette division indiquée par Justinien. (5)

§ 3. Etendue, difficulté, utilité de la science du Droit. — Développements. — Du rôle de l'interprète des lois. Méthode qu'il doit suivre. Il faut d'abord tirer les conséquences logiques des principes posés par la loi, mais modifier les résultats obtenus toutes les fois qu'ils sont, *par eux-mêmes*, contraires soit à d'autres principes ou à leurs conséquences logiques, soit à une incontestable équité, au bon sens ou aux nécessités pratiques de la vie. Cette méthode est celle des grands jurisconsultes romains.

CHAPITRE III

Notions historiques sur la formation des lois positives. (1)

1° Ere des jugements. 2° Ere des coutumes non écrites. 3° Ere des codes ou coutumes écrites. — Tendance des lois positives à se rapprocher du droit naturel à mesure que la civilisation avance.

(4) J. I, 1, § 4. (5) J. I, 2. § 3.
(1) Voy. Sumner Maine, Ancien droit. *passim*.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Utilité de l'étude du droit romain. (1) Méthode à suivre.

§ 1. — Le droit romain est utile à étudier :

A. A cause de sa valeur intrinsèque et du génie de ses interprètes qui en ont fait une législation modèle. — Cette valeur résulte de deux causes : 1° Du caractère national romain; ses principaux traits sont : *a*) une personnalité très jalouse de ses droits, une volonté inflexible (*durum genus*); *b*) une facilité extraordinaire à s'assimiler les institutions étrangères, facilité qui s'explique par ce motif que Rome est née de la fusion de trois peuples; *c)* un esprit conservateur très prononcé; la coutume *(mos majorum)* toujours observée en la forme, alors même que le progrès avait modifié les institutions au fond; *d*) un respect absolu pour la légalité. 2° La valeur intrinsèque du droit des Romains découle en second lieu de la grandeur et de la durée de leur empire; c'est ce qui a fait de leur droit une législation commune à un grand nombre de peuples, un droit universel et non local.

B. A cause de son influence sur les législations modernes, et sur le droit français en particulier qu'il est impossible de bien comprendre si l'on ne sait pas le droit romain. (2) Le Code civil contient 925 articles empruntés totalement et 681 empruntés partiellement au droit romain.

(1) Comp : de l'enseignement du droit romain par H. Brocher; — Introduction historique au droit romain par A Rivier, leçon d'ouverture. — Hornung, essai historique sur cette question : Pourquoi les Romains ont-ils été le peuple juridique de l'ancien monde? — Jhering, Esprit du droit romain, *passim*. 2. Voy. Laferrière, Histoire du droit français, Introduction p. 19.

Digitized by Google

§ 2. — Méthode à suivre. Enumération des méthodes. Méthode exégétique, dogmatique, historique, éclectique. On emploiera principalement la méthode historique. Motifs.

INTRODUCTION HISTORIQUE

NOTIONS DE DROIT PUBLIC ROMAIN ET HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN (1)

L'histoire interne est celle des institutions juridiques (mariage, propriété, obligations, etc.) Elle sera présentée à l'occasion de chaque institution étudiée. — L'histoire externe est celle des sources du droit. Divisions de l'histoire romaine adoptées par Gibbon, Marezoll, Rivier, Maynz. Autres divisions. La division de l'histoire romaine en trois périodes: royauté, république, empire, repose sur l'organisation du pouvoir exécutif. *En droit*, sinon en fait, le gouvernement fut républicain, depuis l'origine jusqu'à l'époque du bas-empire, puisque le chef du pouvoir exécutif était désigné non par l'hérédité, mais par la voie d'élection; (Royauté, Comices; Empire, Sénat.)

(1) Willems, Droit public romain, Rivier, Introduction historique au droit romain; Ortolan, t. 1. Maynz, t. 1, Introduction.

Digitized by Google

TITRE I

De la fondation de Rome à la loi des XII tables.
Période de formation.

CHAPITRE I

ORGANISATION SOCIALE PRIMITIVE (2)

§ 1. — Origine de Rome. Incertitude de l'histoire à cette époque. Rome existait-elle avant Romulus? (3) Emprunts des Romains aux trois races qui composèrent probablement la nation: Latins, Sabins, Etrusques.

§ 2. — Division primitive en trois *tribus* correspondant à ces trois races : Ramnenses, Titienses, Luceres. Chaque tribu divisée en dix *Curies*. Chaque Curie a une voix dans les comices, un culte et un lieu de réunion spéciaux et fournit un nombre déterminé de légionnaires. Chaque curie comprend un certain nombre de *gentes* (dix?) Mais il existe une grande incertitude sur la question de savoir ce qu'était au juste la *gens* et les *Gentiles* (4). Idée générale de la famille romaine : *Domus*, *Agnatio*, *Gentilitas*. *Prœnomen* (prénom.) *Nomen gentilitium*

(2) Beaufort. Dissertation sur l'incertitude des 5 premiers siècles de Rome. — Vico, Scienza nuova. Niebuhr, Histoire romaine. Duruy, Histoire des Romains, t. 1. (3 Denys d'Hal. II, I, 2. I. 73. - Phylargyr. ad. Virg. Ecl. I, 20. (4) Denys d'Hal. II 7. — G. III, 17 — Giraud, revue de Législation 1846. t. 3, p. 385. — Ortolan, t. 3. § 1032. — Cicéron, top. 6.

Digitized by Google

(nom de famille). *Cognomen* (surnom d'une personne ou d'une branche de la famille). Droits des *gentes* : *Jus decretorum, jus sepulchri, jus sacrorum gentilitiorum, jus successionis, jus curæ legitimæ.* Les *Gentes* étaient alors patriciennes. Comment pût-il y avoir plus tard des *Gentes* plébéiennes? (5) Divers sens des mots *Patres,* Patriciens. Qualité de patricien acquise par la filiation ou la *cooptatio* des comices. Droits des patriciens. Leurs charges.

§ 3. — De la Clientèle (6.) Devoirs des clients envers le patron. Devoirs du patron envers les clients. La clientèle découle probablement de l'affranchissement. Analogie avec le vasselage.

§ 4. — De la Plèbe; elle comprenait les citoyens des cités latines conquises par Rome, les émigrants venus des villes confédérées, et les clients sans patron. Réfutation des autres systèmes. Condition des Plébéiens. Ils ont le *commercium* (capacité d'acquérir la propriété par les modes romains), mais non sur le *connubium*, ni les droits politiques.

§ 5. — Territoire. Une partie du terrain conquis sur l'ennemi était vendue ou distribuée, après avoir été arpentée (*ager lim tatus*), aux citoyens et devenait ainsi *ager privatus*; le reste composait *l'ager publicus*, (7) que les citoyens pouvaient occuper moyennant une redevance (*vectigal*). Les patriciens seuls, en fait sinon en droit, occupaient ces portions de *l'ager publicus* qu'on appelait alors *possessiones*; ils en faisaient souvent à leurs clients des concessions révocables (précaire) et finirent par s'approprier par des empiètements la presque totalité de *l'ager publicus.* De là les lois agraires, qui malheureusement s'attaquaient à des usurpations dont il était impossible de discerner l'étendue, et que le temps avait pour ainsi dire consacrées. (8)

(5) Cicer. de Orat. I, 39. — Tit. Liv. I0, 8. — Plut. Mar. 8, § I7. — Cicer. ad diver. 17, § 5. — Sall. Jug. 85. — Vell. Pat II, 34. — Cic. pro. Murena, 8, § I7. — Willems p. II6, note 8. (6) Tit. Liv. II, I6. — Aulu-Gelle, 5, 13. Loi des XII tables. 8. (7 Varron, de re rustica, I, I0. (8) Maynz, I. § II. — Derembourg et Saglio : Dictionnaire des antiquités V° Ager publicus. — Willems, p. 362.

Digitized by Google

§ 6. — De la religion. — Elle domine l'organisation de l'Etat, de la famille, de la propriété. Coup d'œil sur la religion des anciens peuples de l'Italie.

CHAPITRE II

ORGANISATION POLITIQUE

SECTION I

1° *De la fondation de Rome à Servius Tullius. — Etat Patricien.*

Pouvoirs de l'Etat. — *A.* Pouvoir souverain, *Comitia curiata.* — Convoqués par le roi. — Leurs attributions : élire le roi; décider de toute affaire importante ; accorder la gentilité patricienne; approuver certains actes : (testaments, adrogations); être témoins des *inaugurations.* — Elles votent par curie sur la *rogatio* du roi. Dans chaque curie le vote avait lieu probablement par tête (*viritim*). (9) — *B.* Le Roi. — Nommé par les comices. — Ses attributions : initiative ; puissance militaire, sacerdotale, judiciaire. — Ses pouvoirs limités par ceux du *populus* dans les curies, de la *gens* et du *pater familias.* — Source de cette organisation ? La coutume, *mos majorum.* — Politique des rois. — Chute de la royauté, ses causes et ses conséquences. — 3° Le Sénat. — Ses membres étaient choisis par le roi parmi les *Seniores* patriciens ; il jouissait principalement d'attributions consultatives.

(9) Liv. I, 43.

Digitized by Google

— Son *auctoritas* était-elle nécessaire pour sanctionner les décisions des comices? — 4° Auxiliaires du roi; fonctionnaires subalternes dans l'ordre militaire, politique, judiciaire, religieux. — *Tribunus celerum*, etc.

Section II

2° *De Servius Tullius à la chute de la royauté. — Etat patricio-plébéien. — Régime timocratique.*

Nouvelles divisions. 1° Division locale en *regiones* ou tribus locales: 4 tribus urbaines, 26 tribus rustiques. Ultérieurement 35 tribus; la qualité de membre d'une tribu n'est plus déterminée par le domicile, mais par l'origine. Supériorité des tribus rustiques. — 2° Division *timocratique* en classes et centuries. — Cens, recensement de la fortune des citoyens imposables qui forment l'*Exercitus* ou *Classis*. Cette division est relative à l'impôt, à la guerre et aux comices. *A.* Impôt. — 5 classes suivant la fortune. Les citoyens de ces classes s'appellent *Locupletes*, *pecuniosi*, *assidui*, *classici*. — Citoyens *infra clanem* : *Proletarii*, *ærarii*, *capite censi*, *cives libertini*. *B.* Guerre. — La division ne concerne que l'infanterie. — Cavalerie six (*sex suffragia*) puis 18 centuries. — Infanterie. Chaque classe se compose de *Seniores* (plus de 45 ans) et de *Juniores*, qui se subdivisent en centuries. Le citoyen s'équipe à ses propres frais, sauf les chevaliers *(æs esquestre*, *æs hordiarium)*. — *C.* Comices. Leur organisation : 1° chevaliers; 2° les cinq classes; en tout 193 ou 195 centuries. — Les comices par centuries convoqués par un magistrat ayant l'*imperium* militaire se réunissent au Champ de Mars. Chaque centurie a une voix, elles votent dans l'ordre des classes; dans chaque centurie le vote a lieu par tête, le vote s'arrête lorsque la majorité des centuries a repoussé ou adopté la *rogatio* présentée par le magistrat. Le scrutin d'abord public fut plus tard secret. — Caractère politique de cette division : 1° principe timocratique, l'in-

Digitized by Google

fluence appartient à la richesse. 2° prédominence des plus âgés. — Modifications dans la composition des comices centuriates. Opinion probable : augmentation du chiffre du cens. Modification dans la composition des centuries. Chacune des 35 tribus divisée en 10 centuries, deux de chaque classe. Conséquences : diminution de l'influence de la richesse. — Attributions des comices centuriates. — 1° Election des magistrats. Magistrats majeurs ordinaires, décemvirs et tribuns militaires *consulari potestate.* — 2° Juridiction criminelle en appel dans les affaires capitales *(Provocatio.)* — 3° Attributions législatives.

SECTION III

3° *De la chute de la royauté à la loi des Douze Tables.*

Résumé rapide de l'histoire romaine de la chute des rois à la loi des Douze Tables inclusivement. — *Consules* (d'abord nommés *Prætores, Judices).* — Loi Valéria. — Oppression et retraite de la Plèbe. — Tribuns de la Plèbe. — Leurs attributions: *Auxilii latio, jus intercessionis.* Sanction : *jus prensionis.* — Ediles plébéiens. Leurs attributions. — Lutte régulière des deux ordres. — Comices par tribus, leur origine, comment acquièrent-ils de l'influence? — Incertitude du droit cause de l'oppression des plébéiens. Proposition du tribun *Terentillus Arsa.* Les Patriciens cèdent. Unification et publication du droit. *Decemviri legibus scribundis,* 303 U. C. Leur chute. Loi des Douze Tables. (10) Elle est commune aux patriciens et aux plébéiens. Ses principales dispositions politiques. Il ne nous en reste que quelques fragments. Autres sources du droit. *Mos majorum. Leges regiæ; jus papirianum,* collection de lois royales.

(10) L. 2, § 4, D. *de Or. jur.* I, 2. — Cicer. *de Leg.* II, 23 *de Orat.* I, 44. — Dirksen, *Uebersicht des bisherigen,* etc. — *Ortolan,* t. 1, § 112-140. — Dirksen. *Versuche zur Kritik,* etc.

Digitized by Google

TITRE II

De la loi des XII Tables à la chute de la République. Période d'achèvement.

CHAPITRE I

ORGANISATION DE L'ÉTAT

SECTION I

Status civitatis. — Cives Romani, Peregrini, Barbari. — Subdivision des Peregrins. Latini, Italici, Socii, Provinciales, .

I. Des citoyens. — Comment s'acquiert la qualité de citoyen ? *a)* Naissance : enfant conçu en mariage romain (*connubium*) suit la condition du père à l'époque de la conception. Enfant conçu dans un mariage de droit des gens suit la condition de sa mère. Exception : loi *Mœnia* ou *Minicia* (1). Enfant conçu hors mariage suit la condition de sa mère. *b)* Naturalisation. *c)* Bienfait de la loi. *d)* Affranchis citoyens romains. *e) Latins-Juniens* arrivant à la cité romaine (renvoi). *f)* Preuve de l'erreur (2).

Comment se perd la qualité de citoyen romain ? (3) Interdiction *aqua* et *igni*, *Justum exsilium*, *deportatio* distinguée de la *relegatio*. (4) *Ademptio civitatis*. Perte volontaire, agrégation à une cité pérégrine (5). Dans tous ces cas : *media capitis deminutio*. — Perte de la liberté ; *deditio* (6).

Droits attachés à la qualité de citoyen romain. — *Jus suffragii*, *jus honorum*, *civitates sine suffragio* (7).

(1) Gaius (édition Studemund), I. 78. — U. V, 8 et 10. — (2) G. I. 67. — (3) Cic. pro Balbo, 11. Pro Cæcina, 33, 34. Pro domo, 29, 30. — (4) J. I, 12, § 1, 2. — (5) G. I, § 131. Willems, p. 112, note 9. — (6) Willems, p. 109. — (7) Val. Pat. I, 14. Aulu-Gelle, 13.

Digitized by Google

Jus connubii; concessions à des peuples ou à des particuliers (8). *Patria potestas; Jus commercii* (9), droit de figurer dans une *mancipation.* — Explication de la définition d'Ulpien.

II. Des non-citoyens *(Peregrini).*

A. *Des sujets et des alliés.*

Deditices (10). Alliés latins (*Vetus Latium*). Ils avaient le *Commercium, quid* du *connubium?* Condition des cités relevant de Rome. Pour chacune d'elles, quelles étaient: 1° l'organisation intérieure; 2° la nature juridique du sol; 3° la condition des habitants? — 1° *Municipia cum suffragio; sine suffragio,* ou préfectures. — Qu'était-ce que le *jus Italicum* (11)? Ses effets: *a)* attribution au territoire du privilége de la propriété romaine; *b)* exemption de l'impôt foncier; 2° *Colonies romaines.* 3° *Nomen latinum*, Latins d'Italie ou *Latini veteres*, Colonies latines. En quoi elles diffèrent des *Latini veteres?* Pas de *jus italicum* en principe; *tributum soli, tributum capitis.* 4° Villes fédérées d'Italie; 5° Cités provinciales, *Lex provinciæ.*

Les Romains appliquent aux Pérégrins le droit des gens.

B. *Des autres non citoyens,* appelés primitivement *Hostes* (étrangers), *Perduelles* (ennemis), puis *Barbari.* Les Barbares n'ont pas de droits vis-à-vis des Romains et réciproquement (12).

De l'*Hospitium.*

Extension du droit de cité romaine: 1° aux Italiens, après la guerre sociale; 2° à tous les sujets de l'empire par la constitution de Caracalla (13). Motif fiscal. Comment pût-il encore y avoir des non-citoyens dans l'empire?

III. Distinctions sociales entre les citoyens. — Patriciens, Plébéiens. Plus tard: 1° *Nobilitas*, familles

(8) U. 5, § 3 et 4. — (9) U. 19, § 3, 4, 5. — (10) Tit.-Liv., 1, § 38. (11) — Voyez les textes cités par Maynz. 1, § 32, notes 3, 4 et § 58, notes 5 et 6. (12) L. 5, § 2. D. *De Captivis,* 49, 15. — (13) Dion Cassius, 79, 9.

Digitized by Google

dont les ancêtres ont géré des charges curules. *Nobiles*, *ignobiles*. *Optimates*, *populares*. 2° Ordre équestre. *Lex judiciaria* de C. Gracchus (631). Publicains. L'ordre équestre disparaît sous Trajan. Pourquoi? 3° Ordre sénatorial, légalement constitué sous Auguste et devenu héréditaire. Priviléges. 4° *Ordo plebeius*. *Honestiores*, *humiliores*. La *nobilitas* finit par se confondre avec l'ordre sénatorial ou équestre.

Section II. — *Du culte dans ses rapports avec les pouvoirs publics.*

Généralités. Piété et superstition du peuple romain; principe : les particuliers et l'Etat doivent un culte aux dieux. Rapports de l'Etat avec les dieux. *Sacra*. *Auspicia*. 1° *Sacra*, culte public : Pénates (Vesta), culte du foyer public. Dieux Lares. Dieux protecteurs de l'Etat, *Dî patrii* ou *indigetes*, *Dî peregrini* ou *novensiles*. — 2° *Auspicia*, consultation de la volonté divine. Tout acte important se fait *auspicato*. — Ministres du culte : 1° collége des pontifes; leurs attributions. *Sacrificia*. *Jus pontificum*. Surveillance du culte privé. *Confarreatio*, *adrogatio*, testament, calendrier, jours fastes et néfastes (14). Ils tenaient secrète la connaissance des formalités de procédure (actions de la loi), qui fut révélée par le *Jus Flavianum*. Flamines. Vestales. — 2° *Collegium virorum sacris faciundis*. Livres sybillins. — 3° Collége des augures.

Section III. — *Du pouvoir souverain. Comices par tribus*. *Plebiscitum* ou *lex*. — Rendus sur la *rogatio* d'un magistrat, généralement d'un tribun. Le vote a lieu *tributim* (par tribu), et dans chaque tribu *viritim* (par tête). 1° Compétence électorale, élection des tribuns et de quelques autres magistrats. — 2° Compétence criminelle, parfois déléguée à une commission chargée de

(14) Ovide, Fastes, Liv. I, v. 47.

Digitized by Google

juger un fait criminel déterminé (*Quæstiones extraordinariæ*), ou tous les crimes de même espèce *(Quæstiones perpetuæ)*.— 2° Compétence législative. Loi Hortensia, 467. Elle donne force de loi aux plébiscites, même indépendamment de l'approbation du Sénat, d'après certains auteurs.

Section IV. — *Du Sénat et des relations internationales.*

Du Sénat. Sa composition. *Lectio Senatus*, faite par le censeur. Comment y vote-t-on ? Ses attributions. Qu'était-ce que la *patrum auctoritas* (15)? Intervention du Sénat : 1° dans le pouvoir législatif : préparation des lois, annulation pour vices de forme, dispense d'obéir aux lois ; — 2° dans le pouvoir électoral : il charge un des consuls de nommer un dictateur ; — 3° pouvoir de juridiction du Sénat : les deux principaux éléments par lesquels s'exerce la puissance du Sénat sont : 1° le conseil ; autorité morale du Sénat ; 2° l'administration, le culte, les finances, les affaires étrangères, les colonies et les provinces.

Des relations internationales. Féciaux, *jus feciale.* Règles fondamentales du droit international ancien : inviolabilité des députés, nécessité de déclarer la guerre avant de la faire ; formalités de la déclaration de guerre (16); traités de paix et d'amitié; traités d'alliance, *Fœdus æquum, fœdus iniquum ;* cérémonies des traités.

Section V. — *Des magistratures.*

Des magistratures, leurs divisions en ordinaires et extraordinaires, curules et non curules, *cum imperio* et *sine imperio.* Caractères généraux des magistratures : elles sont : gratuites, temporaires, organisées en colléges, sujettes à responsabilité sauf exceptions, revêtues de majesté. Pouvoir des magistrats. 1° *Potestas*, comprenant

(15) Willems, p. 209. — (16) Tit.-Liv. I, 32.

Digitized by Google

a) *jus edicendi.* Les édits sont des ordonnances par lesquelles le magistrat entrant en charge indique de quelle manière il exercera ses fonctions. *Edicta perpetua, repentina.* b) *Jus mulctæ dictionis* (amendes). 2° *Imperium,* commandement militaire, juridiction criminelle et civile. L'*imperium* est dit *merum* lorsque la *provocatio* (appel aux comices) est impossible (dictateur). L'*imperium* est conféré par la *lex curiata de imperio.* — Droits découlant de l'*imperium* et de la *potestas : jus contionis* (droit de parler au peuple), *jus prensionis* (droit de faire mettre en prison).

Indépendance respective des magistrats. Remèdes à ses inconvénients : *vis majoris imperii, intercessio collegæ.* Principe : *par majorve potestas plus valeto* (*ad impediendum*); *intercessio* tribunicienne, *potestas censoria,* pouvoirs du Sénat, dictature. Des lois déterminent les conditions d'éligibilité.

Des pro-magistratures.

De quelques magistratures en particulier. 1° Du consulat; démembrement du pouvoir des consuls. Censure 311, Préture 387. Attributions des consuls : 1° *Imperium domi*; *imperium militiæ.* — 2° De la Préture. Attributions du préteur : juridiction civile, formules; résumé du rôle du préteur dans les *judicia privata : do, dico, addico.* — *Do* (*formulam, judicem*). — *Dico* (*jus*). — *Addico* (*litem, hominem*). — *Prætor urbanus. Prætor peregrinus* 512. Sous l'empire 18 préteurs. — 3° Censure. — 4° Edilité. Ediles plébéiens, édilité curule. Attributions des édiles : *cura urbis, cura annonæ* (édits des édiles), *cura ludorum.* — 5° Questure. Attributions financières. — 6° *Vigenti-sex viratus,* magistrats inférieurs. — Officiers subalternes des magistrats : *apparitores, scribæ, lictores, viatores, præcones,* etc. *Servi publici.*

Section VI. — *Principales branches de l'administration. Détails sur l'administration de la justice.*

1° Justice criminelle. *Judicia publica.* Compétence des comices. *Quæstiones extraordinariæ.* — *Quæstiones perpetuæ.* Procédure. Un citoyen joue le rôle d'accusa-

Digitized by Google

teur devant une sorte de jury présidé par le préteur. La peine la plus élevée est l'interdiction de l'eau et du feu. Les délits moins importants donnent lieu à une action civile (délits privés). — 2° Justice civile. Magistrats : Préteurs et Ediles curules. Juges : *Recuperatores*, *Judices*. a) Tribunaux permanents : *Centumviri*, divisés en *Hastæ; decemviri litibus judicandis*. b) Juges non permanents : *Judex*, *arbiter*; différence de leur pouvoir.

SECTION VII. — *De la procédure.*

I° *Per legis actionem* (1). a) Procédure pour obtenir sentence. Division de l'instance en deux parties. 1° *In jure*, devant le magistrat. *Sacramenti actio* : *Sacramentum* (enjeu), plus tard *prædes sacramenti*. Origine de ces formalités : esprit d'indépendance individuelle. — *Legis actio per judicis postulationem*. — *Per condictionem*. Loi Silia. Loi Calpurnia. Caractères communs à ces trois procédures. *Vocatio in jus*, etc. 2° Procédure *in judicio*. b) Procédure d'exécution. 1° *Manus injectio*. *Addictio*. *Manus injectio pura* (dans ce cas le défendeur n'avait pas besoin d'un *vindex*). 2° *Pignoris capio*. Cas d'application (1 *bis*).

II. Procédure formulaire. Son caractère. La formule est le mandat donné par le magistrat au juge. Transition du système des actions de loi au système formulaire. Actions fictices des actions de la loi (2). Principaux actes de la procédure. 1° *Vocatio in jus*. 2° *Vadimonium*. (2 *bis*). 3° *Editio actionis*, ou *postulatio actionis* (3). Divers résultats possibles. *Interrogationes in jure*. Parties principales de la formule (4) : nomination du juge; *demonstratio; intentio* (5) *(certa, incerta); condamnatio* (*certa, incerta*) (6); *adjudicatio* (7); parties accessoires de la formule : *exceptions, prescriptions, actions fictices, actions in factum.*

(1) G., IV, § 11-30. — (1 *bis*) G., IV, § 28. — (2) G., IV, 10, 32. — (2 *bis*) G., IV, 184-187. — (3) G., IV, 46. — (4) G., IV, § 39-44. — (5) G., IV, § 41-47. — (6) G., IV, § 49-52. — (7) G., IV, 42.

Digitized by Google

Comparaison de la marche du droit romain avec celle du droit anglais relativement aux formules (8). Du *Writ*, formule légale rédigée par des clercs légistes. Respect du peuple pour ce régime. Analogie du caractère anglais et du caractère romain. Ce régime formaliste devient le rempart des libertés publiques. Actions fictices. Actions utiles *(in consimili casu)*. Actions *in factum (Writs on the case)*. Exemple : marche historique de l'action civile *of trespass* (dommages) : 1° Action civile (dommage *vi et armis*) ; 2° action fictice (violence sans armes); 3° action utile (simple dommage, pourvu qu'il soit matériel); 4° action *on the case (in factum)* pour dommage matériel ou moral. — Cours d'équité. Dualisme de juridiction, dualisme d'institution. Propriété légale, propriété d'équité. *Common Law et équité*. Applications diverses. Rôle analogue des Parlements britanniques et des Empereurs romains.

CHAPITRE II

SOURCES DU DROIT A CETTE ÉPOQUE

Section I. — *Lois, plébiscites, sénatus-consultes.*

Section II. — *Edits des magistrats* (renvoi à l'époque suivante.)

Section III. *Réponses des Prudents* (9). Rôle des jurisconsultes : *respondere* (donner des consultations), *cavere* (rédiger des actes), *agere* (assister les parties en justice), *scribere* (écrire des ouvrages). *Jus Ælianum* ou *Tripertita*. — Les *Responsa* ne sont à cette époque qu'un recueil de consultations formant avec la jurispru-

(8) Gide, *Condition de la femme*, p. 272 et suiv. — (9) L. 2, § 35 à 53, D., *de Origine juris*, I, 1.

Digitized by Google

dence le *jus civile* proprement dit. — Principaux jurisconsultes de cette époque : Sextus Ælius, Quintus Mucius Scævola, Alfenus Varus, Aquilius Gallus, Ælius Gallus, etc. De la jurisprudence des tribunaux.

TITRE III

De la fin de la République à Dioclétien et Constantin.

Généralités, transition à l'état monarchique *en fait* par les dictatures de Sylla et de César. Triumvirat. Principat.

CHAPITRE I

ORGANISATION DE L'ÉTAT

Section I. — *De l'Empereur.* Il est nommé par les comices, puis par le Sénat; en fait souvent par les légions ou les prétoriens.

Section II. — *Des comices.* Ils tombent peu à peu en désuétude comme pouvoir législatif et leur pouvoir électoral passe au Sénat sous Tibère.

Section III. — *Du Sénat.* Composé par l'empereur. Ses attributions. En droit il recueille en partie le pouvoir législatif, le pouvoir électoral et la juridiction criminelle des comices. En fait, il n'est qu'un instrument dans la main de l'empereur.

Section IV. — *Des magistratures.* Elles sont maintenues en droit, mais en fait elles dépendent entièrement de l'empereur. Consulat. Préture. Censure. Tribunat. Ces deux dernières magistratures sont exercées par l'empereur. Questeurs.

Digitized by Google

Section V. — *Des fonctionnaires impériaux. Concilium principis*, devenu plus tard le *Sacrum Consistorium. Præfecti Prætorio. Præfectus urbis.*

Section VI. — *Organisation judiciaire.* 1° Justice criminelle. Les *Quæstiones perpetuæ* voient leur juridiction diminuée et enfin disparaissent sous Marc-Aurèle. — 2° Justice civile. Maintien de la procédure formulaire. Introduction de l'appel. — Introduction de la procédure extraordinaire, dans laquelle l'instance n'est plus divisée en deux parties, le *magistrat* et le *juge* sont réunis en une seule personne; par suite plus de formule. Le droit prétorien se confond avec le droit civil. Causes de la chute de la procédure formulaire. Des juges-magistrats.

Section VII. — *Administration des provinces.* Provinces impériales et sénatoriales, auxquelles correspondent les fonds tributaires et stipendiaires. Les premières sont gouvernées par des *Legati Cæsaris* ou des *Procuratores Cæsaris*; les secondes par des proconsuls; tous ces magistrats sont compris sous l'appellation de *præsides provinciæ.* Des *Concilia provinciæ,* assemblées de députés de la province investies d'attributions consultatives. De l'organisation des *Coloniæ civium*, des municipes et des *Coloniæ latinæ* pendant les deux premiers siècles de l'empire. Le territoire se divise en un chef-lieu et des dépendances (*vici, pagi, castella*, etc.) — Des habitants. *Ordo decurionum, ordo augustalium, ordo plebeius.* — Des pouvoirs publics. Comices. Sénat. Magistrats municipaux. Duumvirs, etc. (10 . — Prospérité des provinces sous ce régime. Transformation de cette organisation à la fin du deuxième siècle. La curie devient une charge héréditaire peu enviée, et les cités perdent toute indépendance.

(10) Voyez *Lex Malacitana* et *Lex Salpensana*. (Giraud Euchyridion). Bronzes d'Ossuna.

Digitized by Google

CHAPITRE II

SOURCES DU DROIT A CETTE ÉPOQUE

Section I. — Désuétude des lois curiates et centuriates. *Plébiscites*, appelés souvent *leges*. Principaux plébiscites d'Auguste. Désuétude des plébiscites.

Section II. — *Senatusconsultes* (11). Le Sénat acquiert peu à peu le pouvoir législatif. Principaux sénatusconsultes de droit privé. Souvent le Sénat se bornait à adopter par acclamation l'*Oratio principis* (12).

Section III. — *Des constitutions impériales.* Elles se divisent en : *Edicta*, ordonnances générales; *Decreta*, jugements; *Mandata*, instructions données à des fonctionnaires; *Rescripta*, réponses de l'empereur consulté par un magistrat ou par un particulier (13). C'est la coutume qui a donné aux empereurs le pouvoir législatif (14) et non la *lex regia* (15). La *lex regia de imperio* était un sénatusconsulte sanctionné, pour la forme, par une loi curiate, et désignant l'empereur.

Section III. — *Edits des magistrats.* On ne parlera que de l'édit du préteur. *Edicta perpetua*, rendus par le magistrat entrant en charge, pour toute la durée de ses fonctions. *Edicta repentina*, rendus à propos d'un fait déterminé. But des édits. 1° Réglementer l'administration publique. 2° Interdire certains actes contraires à la

(11) Theoph., I, 2, § 5. — L. 2, § 9, D., *de Orig. jur.*, I, 2. — Ortolan, t. I, p. 232. — Tacite, *Ann.*, I, 15. — G., I, § 4. — (12) L. 32, D., *de Her. pet.*, 5, 3. — L. 1, D., *de Reb. eor.*, 27, 9. — (13) Ortolan, I, p. 274. — (14) J., I, 1, § 6. — (15) L. 1, D. *de Const princ.*, I, 4 — G., I, § 5. — Cicer., *de Rep.*, I, 2, § 13, 17, 18, 20, 21. — Tite-Live, 34, § 6. — Ortolan, I, p. 277. — Tacite, *Hist.*, 4, § 3. — Giraud, *Enchyr.*, *lex de imperio Vespasiani*. — L. 3, C., *de Testamentis*, 6, 23.

Digitized by Google

paix publique, 3° Déterminer les formules et les cas d'application des actions, exceptions, etc. La partie de l'édit d'un préteur constamment reproduite par ses successeurs s'appelait *edictum translatitium*. Le préteur intervient *adjuvandi, supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*. Maître des formules depuis l'abolition des actions de la loi, le préteur, organe de l'opinion publique, a ainsi modifié insensiblement le droit. Loi Cornelia (15 *bis*) enjoignant aux préteurs de se conformer à leurs édits perpétuels. — L'édit acquiert une certaine fixité.

Edit perpétuel de Salvius Julien. L'édit obtient force de sénatusconsulte (16). Les préteurs ne perdirent pas pour cela le *jus edicendi* (17), mais ils durent en user rarement, l'empereur acquérant le droit de modifier l'édit (18). — Autres systèmes (19). Travaux sur l'édit. — Depuis Adrien l'édit devient une source de droit écrit.

Section IV. — *Réponses des Prudents*. Elles n'eurent d'abord qu'une autorité morale. *Sententiæ receptæ* (20). Depuis Auguste les jurisconsultes autorisés répondent *ex auctoritate principis. (Jus publice respondendi)* (21). A qui ce privilége fut-il accordé? — Malgré cela la profession de jurisconsulte resta libre (controverse) (22), mais l'autorité des jurisconsultes brevetés était naturellement plus grande. Leurs consultations n'avaient pourtant pas force de loi avant Hadrien (23). — Rescrit d'Hadrien. — Ce rescrit ne s'applique qu'aux jurisconsultes autorisés, dont les *sententiæ* unanimes acquièrent force de loi; la même autorité s'appliqua peu à peu, non seulement aux *responsa* des jurisconsultes vivants, mais à tous les écrits des jurisconsultes autorisés vivants ou morts, c'est ce qui constitua le

(15 *bis*) Asconius in Cornelianam, 58, 52. — (16) L. 2, § 18, L. 3, § 18, C., *de Veteri jure enucleando*, I, 17. — (17) G., I, § 6. — L. 7, D., *de Jurisdictione*, 2, 1. — (18) Voy. note 16. — G., II, § 120, § 126. — L. 12, pr. D., *de Injusto rupto*, 28, 3. — (19) Accarias, Hugo. — (20) Cic., *pro Cœcina*, 24. — L. 2, § 5, 12, D., *de Orig. jur.* I, 2. — (21) *Ibid.*, § 47. — (22) D., L. 1, § 3, *de Postulando*, 3, 1. — Suetone, Caligula, 34. — (23) L. 2, § 47. D., *de Origine juris*, 1, 2. — G., 1, § 7.

Digitized by Google

jus jura condendi (24). Preuves. — Depuis Hadrien les réponses des Prudents deviennent une source du droit écrit. En résumé le *jus respondendi* est distinct du *jus jura condendi*, mais il en a été la cause. Justinien les confond à tort. Coup d'œil sur les *responsa prudentum* à l'époque classique et sous le bas-empire. Autorité de Papinien. Notes de Paul et d'Ulpien, leur abolition (1). Loi des citations (2). Critique de ce procédé. — Autres systèmes sur les *responsa prudentum* (3). Réfutation.

Sectes des jurisconsultes (écoles) (4). 1° Ecole des Proculiens ou Pégasiens; Labéon. 2° Ecole des Sabiniens ou Cassiens, fondateur : Capiton. Les Sabiniens employaient la méthode historique, les Proculiens la méthode dogmatique. — Principaux Proculiens : Labéon, Nerva le père et le fils, Proculus, Pégasus, Celsus père et fils, Neratius Priscus. — Principaux Sabiniens : Capiton, Massurius Sabinus, Caius Cassius Longinus, Cœlius Sabinus, Priscus Javolenus, Tuscianus, Ariston, *Salvius Julianus*, *Pomponius*, *Gaius*. — Jurisconsultes eclectiques : Q. Servidius Scævola, S. Cæcilius Africanus, Volunius Mæcianus, Terentius Clemens, etc. — Jurisconsultes classiques : *Æmilius Papinianus*, *Julius Paulus*, *Domitius Ulpianus*, Tryphoninus, Callistratus, Venuleius Saturninus, Florentinus, Ælius Marcianus, Tertullianus, Hereunius Modestinus, Hermogenianus.

Section V. — *Coutume non rédigée.* — *Coutumes locales* (5).

(24) L. 2. § 47, D., *eod.* — Eunape, *Vie de Chrysanthe.* — *Constit. Deo auctore*, § 34.

(1) L. 1, L. 3. C. Th., *de Resp prud*, 1, 4. — L. 1, *Ibid.*, *de Sentent. pas.*, 9, 43. — L. 1, § 6, C. *de Veter. jur. enucl.*, 2, 17. — (2) L. 3, C. Th., *de Resp. prud.*, 1, 4. — (3) Ducauroy, *Thémis*, II, p. 12. — Ortolan, t. II, p. 679. — Bodin, *Rev. hist.*, IV, p. 197. — Demangeat, t. I, p. 91 et suiv — Machelard, *Revue de législation*, 1870-1871. — (4) L 2, § 47, D., *de Or. jur.*, 1, 2. — (5) L. 32, pr., D., *de Legibus*, 1, 3. — L 32, L. 40, *ibid.* — L. 1, C., *Quæ sit longa*, 8, 53.

Digitized by Google

TITRE IV

De Dioclétien ou de Constantin à Justinien

(Voyez Serrigny, droit public et administratif romain)

CHAPITRE I

ORGANISATION DE L'ÉTAT

SECTION I. — *Conditions des personnes.* Colons, leur condition demi-servile (6). Ils font partie du fonds (7). Origine du colonat (8). Misère des temps; hommes libres se faisant colons (9). Transportation de barbares (10). Les colons sont hommes libres sous certains rapports (11).

Comment cessait-on d'être colon ? Prescription (mode aboli par Justinien); affranchissement; dignité épiscopale (12). Le colonat fut une transition entre l'esclavage et le servage.

Autres divisions des personnes. Différences de religion. Les orthodoxes jouissent seuls de la plénitude des droits politiques et civils (13).

SECTION II. — *Pouvoirs publics.* — *Généralités.* Monarchie absolue. — Division de l'empire en 4 préfectures. Deux empires. Chute de l'empire d'occident. Destinées

(6) L. 3, 6, § 48, L. 1, 2, pr. D., *de Leg.*, 1°, 30. — L. 1, C., *de Infant. expos.*, 8, 52. — L. 1, C. *de Colon. Thrac.*, 11, 51. — (7) L. 7, L. 23, C., *de Agricol.*, 11, 47. — L. 2, 7, 13, § 1, L. 21, *ibid.* — Novelle Valentinien, titre 9. — (8) Appien, *de Bell. civ.*, 1, 7. — (9) Salvian, *de Gub. Dei*, 5, 8. — C. Th., 11, 2. — (10) L. 3, C. Th. *de Bon. mil.*, 5, 4. — (11) L. 1, C. *de Col. Thrac.*, 11, 51. — L. 24, C., *de Agricol.*, 11, 47. — L. 1, C. Th., 5, 16. — L. 2, C., *In quibcaus. colon.*, 11, 49. — (12) L. 23, C. *de Agricol.*, 11, 47. — Serrigny, p. 1170 et s. — L. 11, 16, 57 pr. C. *de Episcop.* 1, 3. — (13) C. Th., *de Hereticis de Apostatis, de Paganis*, liv. XVI, tit. 5, 7, 10. — C. J., 1, 5, 11. — C. Th., *de Judæis*, 10, 8. — Code, J., *ibid.*, 1, 9, L. 6 et 18. — C. J., *Ne Christ.*, 1, 10.

Digitized by Google

de Rome. Chute de l'empire d'Orient. Pouvoirs publics: 1° Empereur; l'empire devient héréditaire. Pouvoir absolu. 2° Le Sénat; deux sénats, leur affaiblissement; dignité de patrice. 3° Affaiblissement des magistratures républicaines. 4° Fonctionnaires impériaux; hiérarchie, centralisation; *illustrissimi* ou *nobilissimi; patricii; excelsi viri; illustres.*

Préfets du prétoire, préfets de la ville; *magistri militum;* fonctionnaires du palais. — *Spectabiles.* — *Clarissimi.* — *Sacrum consistorium* (conseil de l'empereur). — Chancellerie impériale. — Sa division en *Scrinia.* — Assesseurs des magistrats. — Evêques; *episcopalis audientia.* — Défenseurs des cités.

Section III. — *Administration de la justice civile.* — Généralisation de la procédure *per cognitionem extraordinariam.* Influence de l'introduction de l'appel. Constitution de Dioclétien qui généralise la procédure extraordinaire (14). Plus de division de l'instance en deux parties. Sens successifs du mot action. 1° A l'époque des actions de la loi, c'est une forme sacramentelle de procédure. 2° Sous le régime formulaire, c'est le droit conféré par le magistrat, au moyen de la formule, de poursuivre devant le juge ce qui nous revient en vertu de cette formule. 3° Sous la procédure extraordinaire, l'action, comme de nos jours, c'est le droit donné par la législation de s'adresser à la justice pour réclamer ce qui nous revient, ou le fait de s'adresser à la justice. Transformation des exceptions. — L'exception était une restriction au pouvoir de condamner donné au juge; ce n'est plus qu'un moyen de défense. — Transformation des interdits. Suppression des formules dans tous les actes (15). Par qui est rendue la justice civile et criminelle? Duumvirs, juges pédanés, évêques, présidents de provinces, vicaires, préfets du prétoire, empereur. — Tribunaux exceptionnels.

(14) L. 2, C., *de Pedaneis jud.*, 3, 3. — (15) L. 1, C., *de Formulis*, 2, 58.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

SOURCES DU DROIT A CETTE ÉPOQUE

Section I. — Plus de lois ni de sénatusconsultes. L'édit est devenu loi. Réponses des Prudents. (Renvoi plus haut).

Section II. — *Constitutions impériales.* — Elles se multiplient. Recueils qui en furent faits. Papirius Justus, sous Marc-Aurèle. Recueil de Paul (16). Codes Grégorien et Hermogenien. Ces recueils, œuvre privée, contiennent des constitutions d'empereurs payens. — Ouvrages qui nous en ont conservé des fragments (17). — Code Théodosien (438), son but, sa réception enthousiaste au Sénat de Rome. Ordre des matières. — Editions du code Théodosien (17 *bis*). Autres projets de Théodose.

Section III. — *Travaux législatifs de Justinien* — Biographie succincte de cet empereur. Etat de la jurisprudence. Chaos des lois.

1° Le premier code, recueil de constitutions des empereurs payens et chrétiens (17 *ter*); comment fut-il composé? Sa promulgation (7 avril 529). Ce code est perdu.

2° *Quinquagenta decisiones* (18).

(16) L. 2 et 13, D., *de Rebus eorum*, 27, 9. — (17) Lex Romana Visigoth — Lex dei. Consult. vet. jur. — Lex Rom. Burg. — Frag. Vat. — (17 *bis*) Hœnel, Leipsick, 1842. — Vesme, Turin, 1844. — (17 *ter*) Constit. 1 et 2, en tête du Code. — (18) J. 1, 5, § 3. — Constit. 3, en tête du Code.

Digitized by Google

3° Le Digeste ou les Pandectes (18 bis), contenant les *responsa prudentum*. A) De leur confection (15 décembre 530 à 16 décembre 533). Obligatoires à partir du 30 déc. 533. — Jurisconsultes dont les extraits forment le Digeste. — Division du Digeste. — Ordre des matières. Système de M. Bluhme. Dans chaque titre les fragments se suivent par séries : (Sabinienne, Edictale, Papinienne), ce qui prouve qu'il y eût trois commissions de rédacteurs. — Défauts du Digeste. Lois géminées (19 bis). Licences ou scrupules de rédaction des divers compilateurs. Antinomies. Nombre de titres, de lois et de décisions du Digeste. B) Interprétation des Pandectes. — Critique du texte. Sigles. — *Emblemata Triboniani* (interpolations). Antinomies. — C) Destinées des Pandectes. Les Florentines (19 *bis*). Fables traditionnelles. Vérité probable. Manuscrit apporté de Constantinople à Pise, de Pise à Florence. — Description des Florentines. — Tous nos manuscrits sont-ils issus des Florentines, ou bien, en partie du moins, d'autres manuscrits anciens ? Importance de la question. Quatre systèmes. Conclusion : les glossateurs ont eu des fragments au moins de manuscrits anciens; preuves. — De la Vulgate *(Littera vetus, littera communis)*, texte bolonais résultat de la comparaison des Florentines avec ces anciens manuscrits. — Editions du Digeste. — La Norique. — Les Florentines (Taurelli). — La Vulgate. — Editions de Denys Godefroy et réimpressions. — Edition Kriegel. — Edition de Mommsen.

4° Institutes (19 *ter*). Jurisconsultes ayant fait des ouvrages analogues. Sources des Institutes. Double but : loi, enseignement. Elles ont force de loi à partir du 30 décembre 533.

5° Le second code *(Codex repetitæ prælectionis)* (20). Promulgation (16 novembre 534.)

(18 *bis*) Constit. *Tanta Circa* et *Deo auctore* en tête du *Digeste*. — (19) L. 80, 83, D., *de jure dotium*, 23, 3, etc. — (19 *bis*) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, passim; Berryat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain*, passim. — (19 *ter*) Constit. *Deo auctore*, § 11 et *Tanta circa*, § 11. — (20) 3e Constitution en tête du Code.

Digitized by Google

6° Novelles. Collection des Novelles. Νομοκανών. *Epitome Novellarum Juliani.* Authenthiques. Collection grecque des Novelles d'après les manuscrits italiens.

Corpus juris civilis, comprenant les travaux de Justinien et quelques autres sources. Manière de le citer. Appréciation de l'œuvre de Justinien. Reproches qu'on lui a adressés. Réfutation.— De l'enseignement du droit à Constantinople au temps de Justinien.

Section IV. — *Destinées du droit romain en Orient.* Traduction grecque de l'œuvre de Justinien. Paraphrase des Institutes par Théophile. *Epitome Novellarum* de Julien. Manuels ou codes des empereurs byzantins : Euchiridion (740); Prochiron ou Epanagoge; Basiliques; leurs Scholies (21). *Synopsis Basilicorum, major et minor;* πρόχειρον τῶν νόμων d'Harmenopoulos (*Promptuarium*).

Section V. — *Destinées du droit romain en Occident* (22). Droit romain en Italie. Edit de Théodoric. Causes de la durée de la législation de Justinien en Italie : 1° durée de la domination byzantine; 2° influence du clergé et des papes; 3° principes de la personnalité des lois. Droit romain dans les Gaules (23). Lois des barbares. Lois romaines compilées pour leurs sujets romains. Leurs sources. 1° *Lex romana Visigothorum* ou Bréviaire d'Alaric. Composition de ce recueil. Texte. *Interpretatio.* 2° *Lex romana Burgondionum* (Papien).

Onzième et douzième siècles. — Influence de l'école Bolonaise. Les travaux législatifs de Justinien pénètrent dans les Gaules. — Renaissance du droit romain.

Section VI. — *Ecoles des Romanistes.* 1° Ecole de Bologne. Irnérius (1100). Les glossateurs, leur œuvre. —

(21) Heimbach, 1836-1870, Leipsick. — (22) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge.* — (23) Savigny, *Op. cit.*, t. II, chap. 9. — Laferrière, *Hist. du droit français*, t. IV, p. 273 et suiv.

Digitized by Google

Leur division du Digeste, *Digestum vetus, infortiatum, novum.* Conjectures sur l'origine de cette division. — La grande glose d'Accurse. Principaux glossateurs. Bulgarus, Martinus Gosia, Jacobus de Porta Ravenate, Hugo de Alberico. Caractère de cette école, ses mérites, ses défauts. La glose finit par écraser le texte. Ouvrages de la même époque. Brachylogus (XIe siècle) et Petri Excerptiones (XIIe siècle).

2° École des Bartholistes ou école scolastique. Son caractère. — *Verbosi in re facili, in difficili muti, in augusta diffusi* (Cujas). — Barthole. Balde. Paul de Castro. Jason.

3° École des humanistes, ou école élégante, ou école historique. Alciat. Caractère de cette école. Cujas. Donneau. Jurisconsultes du XVIIe siècle. Vinnius. Du XVIIIe siècle. Pothier, Voet, Henneccius. — École allemande du XIXe siècle. Savigny. Hugo. Glück. Keller. Puchta. Wangerow. Huschke. Warnkönig. Ihering. Mommsen, etc., etc. — Romanistes français.

Comment le droit romain est-il devenu l'une des sources du droit français?

Section VII. — Principaux monuments du droit romain qui nous sont parvenus: Inscriptions: *Lex Thoria agraria;* Plébiscite *de Thermensibus; Lex Galliæ cisalpinæ; Lex Julia municipalis* (table d'Héraclée); *Lex de imperio Vespasiani;* Tables de Salpensa et de Malaga; Bronzes d'Ossuna; etc. *Tabula alimentaria Trajani; Testamentum Dasumii;* etc., etc.

Auteurs anciens. — Littérateurs. Cicéron. Aulu-Gelle. — Les historiens. Varron, Festus, Paul Diacre, — Isidore (Origines); commentateurs de Cicéron; etc.

Jurisconsultes. — Commentaires de Gaius. Détails sur le palimpseste de Vérone. — Fragment *De jure fisci.* — Règles d'Ulpien. — Fragment de Vienne. — Sentences de Paul. — *Assis distributio.* — Fragment *de manumissionibus*, conservé par le grammairien Dosithée. — Autres fragments: *Fragmenta vaticana.* — *Collatio legum mosaïcarum et romanarum. Consultatio veteris jurisconsulti.*

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE

DES PERSONNES ET DE L'ORGANISATION DE LA FAMILLE.

GÉNÉRALITÉS (1) : Divisions du droit privé d'après les Romains. — Personnes. — Choses. — Actions. — Division moderne : 1° droit des personnes ou de famille ; 2° droit du patrimoine.

Justinien, dans le premier livre, traite non seulement des personnes, mais encore de l'organisation de la famille. Définition et étymologie du mot *personne*.

Divisions des personnes :

1° Au point de vue des *status : status libertatis, civitatis, familiæ*. Notion élémentaire de la *capitis diminutio maxima, media* et *minima*. — Existimatio (honneur).

2° Au point de vue de leur capacité. Incapacité quant à la jouissance des droits (absolue ou relative) ; incapacité quant à leur exercice.

3° Au point de vue de leur nature, réelle ou fictive. Personnes physiques, personnes morales.

Exposition et critique de l'ordre suivi par Justinien dans le premier livre des Institutes. — Ordre suivi dans ce cours.

TITRE I

Des personnes au point de vue du status libertatis.

GÉNÉRALITÉS : *Servi* (esclaves), *liberi* (personnes libres), subdivisées en ingénus et affranchis. — Subdivisions des affranchis : affranchis citoyens romains, — Latins, Juniens et Déditices.

(1) J., I, 3, pr.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

DES ESCLAVES ET DE LA DOMINICA POTESTAS

Définition de la liberté et de l'esclavage (2). Comment devient-on esclave (3)? Y avait-il des différences dans la condition des esclaves?

Dominica potestas (4). Elle s'acquiert soit par les modes originaires, soit par des modes dérivés. —Effets de la *dominica potestas*. *a*) Condition de l'esclave vis-à-vis de son maître : 1° Quant à sa personne : c'est une chose soumise au pouvoir absolu du maître, pouvoir tempéré par les mœurs, puis par les lois (5). 2° Quant aux biens, l'esclave est pour son maître un instrument d'acquisition (6). Du pécule (7). *b*) Condition de l'esclave dans la société. Il est protégé contre les délits, mais il est soumis à des dispositions rigoureuses qui n'atteignent pas les hommes libres. L'esclavage finit par l'affranchissement volontaire ou légal.

CHAPITRE II

DES HOMMES LIBRES

On naît libre (ingénuité), ou on le devient (affranchissement).

Section I. — *Des ingénus.* — L'ingénu est celui qui n'a jamais été esclave (8). Quand naît-on libre? — L'enfant conçu en mariage romain ou de droit des gens naît libre ; l'enfant conçu hors mariage suit la condition de sa mère au moment de la naissance (9). Par suite de dérogations favorables à la liberté, il suffit que la mère ait été libre à un moment quelconque de la gestation (10). Anciennes excep-

(2) J., I, 3 § 1, 2. — (3) P., 2, 21a, §§ 1, 13, 17. — L. *Unic.*, C., *De Snc. Claudiano tollendo*, 7, 24. — J., III, 12, § 1. — Nov. 22, cap. 8. — L. 6, § 1, *De agn. vel al. lib.* 25, 3. — J., I, 3, § 4. — (4) J., I, 8, § 1. — G. I, § 52. — (5) L. 11, § 2. — L. 4, § 2, D., *Ad leg. Cornel.*, 48, 8. — J. I, 8. § 2. — G. I, § 53. — L. *Unic.*, C., *De emendatione servorum*, 7, 14. — (6) J., I, 8, § 1. — (7) V., § 261. — J., II, 20, § 20. — L. 53, D., *De peculio*, 15, 2. — L. *Unic.*, C., *De peculio ejus*, 7, 23. — (8) J., I, 4, *pr.*, § 1. — U., 5, § 8 et § 10. — L., 19, D., *De statu hom.*, 1, 5. — G., I, 92. — (9 et 10) L. 18, L. 5, D., *eod.* — P., II, 24, § 1, 2, 3. — J., I, 4, *pr.*

Digitized by Google

tions au principe que les enfants nés hors mariage suivent la condition de leur mère (10 *bis*).

Section II. — *Des affranchis.* — Les affranchis sont ceux qui ont été libérés d'une servitude légalement existante (11). L'affranchissement est légal ou volontaire.

§ 1. — *De l'affranchissement légal.* — Esclave abandonné (12). Esclave aliéné sous condition d'affranchissement (13). Prostitution de l'esclave acquise sous la condition *ne prostituatur* (14). Esclave qui se fait acheter avec les deniers de son pécule, *ut manumittatur ab emptore* (15). Esclave qui dénonce le meurtre de son maître (16), ou qui dénonce certains crimes (17). Affranchissement de l'esclave commun par l'un des propriétaires (18). Autres cas (19).

§ 2. — *Affranchissement volontaire* (20).

1° Conditions de forme.

A). Modes publics d'affranchissement (21). — Affranchissement par la *vindicte* (22), le *cens* (23), le *Testament.* — Affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis.*

B) Modes privés: *per epistolam, inter amicos,* etc. (24). Sous Justinien plus de distinctions entre les effets des diverses formes d'affranchissement.

2° Conditions de fonds. *A*) Du côté de l'esclave. Esclaves qui ne peuvent être affranchis (25). *B*) Du côté du maître. Il doit être : 1° capable d'aliéner (26); 2° propriétaire de esclave. — Du copropriétaire (27). Esclave soumis à un droit d'usufruit ou d'usage (28); à un droit de gage (29); 3° il fallait que l'affranchissement ne fût pas fait par le

(10 *bis*) G., I, 83, 84, 86. — (11) J., 1, 5, *pr.* — (12) Suet., Claude, 25. — L. 2, D., *Qui sine manumissione,* 40, 8. — (13) L. 3, 8 et 9, D., *eod.* — (14) L. 10, § 1, *De in jus voc.* D., 2, 4. — (15) L. 5, *pr.* D., *De manumiss.,* 40, 1. — (16) L. 4, D., 40, 8. — (17) L. 2, 3, 4, C., *Pro quib. causis.* 7, 13. — (18) J., 2, 7, § 4. — (19) L. 2, C., *De long. temp. præs.,* 7, 22. — N., 5, *cap.* 2. — N., 123, *cap.* 17 et 35. — L. 4, C., *De præpositis sacri cubiculi,* 12, 5. — L. 30, D., *De lib. causa,* 40, 12. — L. 1, C., *Communia de manumissionibus,* 7, 15. — (20) J., I, 5. — (21) J., I, 5, §§ 1 et 2. — U., I., §§ 6-9. — (22) D., *De manumissis vindicta,* 40, 2. — (23) Dosithée, § 17. — (24) G. 3, § 56. — Dosithée, §§ 5-7. — C., *De lat. libert. tollenda,* 7, 6. — (25) G., I, 27. — L. 9, § 2, D., *Qui et a quibus,* 40, 9. — J. II, 14, *pr.* — (26) U., I, § 17. — (27) U., I, § 18. — P., IV, 12, § 1. — J., II, 5, § 4. — L. *Unic.,* § 5, C., *De communi servo,* 7, 7. — L. 3, C., *Communia de legatis,* 6, 43. — (28) L. I, C., *Communia de manumis.,* 7, 15. — U., I, § 19. — (29) Dosithée, § 16. — L. 3, D., *De manumis.,* 40, 1. — L. 2-3, C., *De serv. pignori dato,* 7, 8.

Digitized by Google

maître en fraude des droits de ses créanciers ou de son patron (30). Loi *Ælia Sentia* (757 de Rome) (30 *bis*). Exceptions: Approbation des créanciers. — Laps d'une année utile depuis la *bonorum venditio* (31). — Esclave affranchi et institué héritier par le testament de son maître insolvable (32). — De même, sous Justinien, si le maître avait institué l'esclave sans l'affranchir (33). Dans quels cas y avait-il fraude? Primitivement on n'exigeait que le préjudice (*eventus damni*), plus tard on exigea aussi le *consilium fraudis* (34). La nullité s'appliquait même aux affranchissements faits par les pérégrins (35). Les affranchissements faits en fraude de droits de succession du patron étaient aussi annulés par la loi *Ælia Sentia* (36). Justinien n'en parle plus (37). 4° Il fallait que le maître fût âgé de 20 ans au moins, même s'il affranchissait par testament. Réformes de Justinien (38). 5° Il fallait ne pas dépasser le nombre d'affranchissements testamentaires fixé par la loi *Furia Caninia*, abrogée par Justinien (39).

§ 3. — Condition de l'affranchi. — 1° Dans la société (*libertinus*). Infériorité quant au mariage (40), quant aux fonctions publiques, et au jus *aureorum annulorum*. — Concession de l'ingénuité par le *Jus regenerationis* et la *restitutio natalium* (41); 2° à l'égard de son patron. *Jura patronatus : obsequia, bona, operæ* (*officiales fabriles*). Devoirs du patron envers l'affranchi (42). Extinction des droits de patronage.

§ 4. — Des diverses espèces d'affranchis.

1° Affranchis citoyens romains.

2° Affranchis déditices. — La loi *Ælia Sentia* (757)

(30) G., I, § 37. — J., I, 6, pr., §§ 1, 2, 3. — (30 *bis*) Suétone, Octav. Aug., 40. — (31) L. 6, § 14, D., *Quæ in fraudem creditorum*, 42, 8. — (32) J., § 1. — (33) J., § 2. — (34) J., § 3. — L. 10, D., *Qui et a quibus*, 40, 9. — (35) G., I, § 47. — (36) G., I, § 37. — U., II, 15. — (37) J., pr. — (38) J., § 4, 5, 6, 7. — G., I, § 38 à 41. — Nov., 119, cap. 2. — (39) J., I, 7. — G., 1, § 42-47. — U., I, 24, 25. — L. *Unic.*, C., *De lege Furia Caninia tollenda*, 7, 3. — (40) Tite-Live, 39, 19. — (41) L. 2, D., *de jure aureorum annulorum*, 40, 10. — Code *eodem*, 6, 8. — D., *De natalium restitutione*, 40, 11. — Nov. 78, cap. 1. — (42) D., *De jure patronatus*, 37, 14, *passim*. — Val.-Maxime, 6, 1, 4. — J., I, 16, § 1. — D. 10, § 12, D., *De in jus vocando*, 2, 4. — L. I, D., *De bonis libert.*, 38, 2. — D., *De operis libertorum*, 38, 1, *passim*. — P., II, 32.

Digitized by Google

décida que les esclaves qui avaient été *vincti, torti aut litterati,* ne pourraient être affranchis qu'en qualité de *déditices* (42 *bis*), c'est-à-dire seraient assimilés aux déditices provinciaux. — Cette classe n'existe plus sous Justinien.

3° Affranchis Latins-Juniens. — Cette classe d'affranchis fut créée par la loi *Junia Norbana* en 772 de Rome (43). Antérieurement, le préteur maintenait en liberté les esclaves qui n'avaient été affranchis que par un mode privé (44), ou par un maître n'ayant pas sur eux le *dominium ex jure Quiritium* (45); ou, depuis la loi *Ælia Sentia,* l'esclave âgé de moins de trente ans (46). La loi *Junia Norbana* vint régulariser leur situation en les assimilant aux Latins coloniaires.

Condition des *Latins-Juniens. a*) Dans la société : Ils sont privés du *jus honorum* et du *jus suffragii,* du *jus connubii,* mais ils jouissent du *jus commercii.* En outre, ils ne peuvent faire de testament ou être nommés tuteurs par testament, recevoir des libéralités testamentaires autrement que par voie de fidéicommis (privation du *jus capiendi*) (47). *b*) Vis-à-vis de leur patron : leurs biens lui reviennent à leur mort *jure peculii* (48). Comment le Latin-Junien pouvait-il devenir citoyen romain (49) ? Différence entre : 1° les Latins-Juniens et les Latins coloniaires ; 2° les Latins-Juniens et les déditices ; 3° les déditices et les affranchis déditices. — Résumé des différents chefs de la loi *Ælia Sentia.* Sous Justinien, il n'y a plus d'affranchis déditices ou Latins-Juniens (50).

§ 5. — Des actions relatives à l'esclavage et à la *libertinitas.*

Liberalis causa (51). — Nécessité d'un *adcertor libertatis ;* liberté provisoire. — Effets de la chose jugée dans la *liberalis causa.* — Réformes de Justinien (52). — Inter-

(42 *bis*) G., I, § 13, 14, 15. — U., I, § 11. — (43) G., I, § 12, 16, 17. — Dosithée, § 5 et suiv. — (44) G., I, 17. — (45) G., I, 54. — (46) G., I, § 18. — (47) U., 5, § 4 et 9 ; — 11, § 16 ; — 19, § 4 ; — 20, § 8, 14 ; — 17, § 1 ; — 22, § 3 ; — 25, § 7 ; — G. I, § 23 ; — III, § 56. — (48) U., 20, § 14. — G. III, § 57, 58 et s. — (49) U., 3. — G., § 28 et s. ; §§ 67 à 71. — (50) C., *De deditia libertate tollenda,* 7, 5. — C., *De latina libertate tollenda,* 7, 6. — (51) P., 5, 1. — D., 40, 12. — C., 7, 16. — (52) L. 1, C., *De adcertione tollenda,* 7, 17.

Digitized by Google

dit *de homine libero exhibendo* (53). — *Præjudicium de libertinitate* (54). — Interdit *de liberto exhibendo* (55).

CHAPITRE III

DES SITUATIONS INTERMÉDIAIRES ENTRE LA LIBERTÉ ET L'ESCLAVAGE

SECTION I. — *Des personnes in mancipio* (1). Définition du *mancipium*. — Il s'acquérait par la mancipation par le paterfamilias d'une personne soumise à la puissance paternelle ou à la *manus*. Primitivement ce droit du paterfamilias était absolu ; plus tard, il fut réduit au cas d'extrême misère et d'abandon noxal. Outre cette mancipation sérieuse, il y avait la mancipation *fiduciæ causa*. Sous Justinien, la vente du *filiusfamilias* n'est plus permise que dans le cas d'extrême misère (2).

Comment s'éteignait le *mancipium ?* Manumission (3) *vindicta, censu* et *testamento ;* l'affranchissement *censu* était même forcé sauf dans deux cas (4) : paiement de l'indemnité en cas d'abandon noxal (5). Le fils de famille *in mancipio* affranchi (mais non les petits enfants et la fille) retombait sous la puissance paternelle, jusqu'à la troisième mancipation, sauf peut-être en cas d'abandon noxal (6). Effets du *mancipium*. La personne *in mancipio* était *loco servi*, sauf des différences (7). En résumé le *mancipium* était en général temporaire.

SECTION II. — Des *nexi, addicti, redempti, auctorati.*

1° Des *nexi :* débiteurs qui s'étaient mancipés à leurs créanciers pour sûreté de leur dette. Abolition du *nexum*. Loi *Petelia*, 425 de Rome (8).

2° Des *addicti* (9). *Manûs injectio judicati*. Débiteur

(53) J., 4, 15, § 1. — L. 12, pr., D., *Ad exhibendum*, 10, 4. — (54) L. 6, D., *De ingenuis*, 10, 14. — (55) J., IV, 15, § 1. — G. IV, 162.

(1) G., I, 116 à 119 et 138 à 142. — P., 15, 1, § 1. — (2) L. 2, C., *De patribus qui filios suos detraxerunt*, IV, 43. — J., IV, 8, § 7. — (3) G., I, § 138 ; — II, 160. — (4) G., I, 140, et II, 160. — (5) *Lex Dei*, II, 3. — (6) G., I, 132 ; — IV, 79. — (7) G., I, 123, 141, 135, 139, 140 ; — II, 160 ; — II, 90. — *Lex Dei*, II, 3 ; — L. I, § 8, D., *De aq. pos.*, 41, 2. — (8) Tite-Live, VII, 28. — Varron, *De lingua latina*, VI, 5. — (9) Aulu-Gelle, 20. — Quintilien, V, 3, 10 ; — VII, 3. — G., IV, § 21.

Digitized by Google

insolvable adjugé à son créancier qui le vend au bout de 60 jours.

3° Des *redempti :* captifs dont la personne est le gage de la créance de ceux qui les ont rachetés (10).

4° Des *auctorati :* hommes qui se vendent pour combattre dans le cirque (11).

(Pour le *status civitatis,* renvoi à l'introduction.)

TITRE II

De l'organisation de la famille.

GÉNÉRALITÉS : Trois espèces de famille à Rome au point de vue du lien du sang (1). 1° *Domus,* comprenant le *paterfamilias* et tous ceux qui se trouvaient soumis à sa *patria potestas* (ou à sa *manus*). 2° *Agnatio,* tous ceux qui seraient soumis à la *patria potestas* ou à la *manus* d'un même homme, s'il vivait encore. 3° *Cognatio,* tous ceux qui descendent d'un auteur commun.— De l'*affinitas* (alliance) (2). Comment se compte la parenté ? Ligne ascendante, descendante et collatérale. Degrés de parenté (3).

CHAPITRE I

DU MARIAGE ET DES AUTRES UNIONS

Les Romains distinguaient cinq unions de l'homme et de la femme : 1° *Justæ nuptiæ* (*liberi justi* ou *legitimi*). 2° Mariage du droit des gens. 3° *Concubinat* (*liberi naturales*). 4° *Stuprum* (*vulgo quæsiti, spurii*). 5° *Contubernium* (*contubernales*).

(10) L. 19, § 9, L. 21, L. 12, §§ 7 et 8, D., *De Captivis,* 49, 15. — L. 20, C., *De postliminio,* 8, 5, 1. — (11) G., III, 199. — *Lex Dei,* IV, 3, 2.

(1) L. 195, § 2 et 4, D., *De verb. sign.,* 50, 16. — L. 10, § 1 à 10, D., *De gradibus,* 38, 10. — (2) L. 4, § 3, D., *eod.* — (3) L. 1, D., *eod.*

Digitized by Google

Des fiançailles (4).

Des justæ nuptiæ (J., I, 10. — D. *De ritu nuptiarum*, 23, 2. — C. *De nuptiis*, 5, 4).

Définitions (5).

Section I. — *Capacité requise pour contracter mariage.* (*Jus connubii*) (6).

§ 1. — Empêchements absolus (7) : 1° Absence de la qualité de citoyen romain. 2° Engagement dans les liens d'un précédent mariage. 3° Impuberté (8). 4° Absence du consentement du *paterfamilias* (et du père pour le petit-fils) (9). Dans certains cas ce consentement pouvait être suppléé par une décision de justice (10). Modifications sous le bas-empire. 5° L'impuissance n'était un empêchement qu'en cas de castration (11).

§ 2. — Empêchements relatifs : 1° *Cognatio.* En ligne directe le mariage était prohibé à l'infini ; en ligne collatérale, lorsque l'un des cognats n'était qu'à un degré de l'auteur commun. *Quid* en cas d'adoption (12) ? 2° Alliance. En ligne directe le mariage est prohibé à l'infini ; en ligne collatérale, Constantin prohiba le mariage entre le beau-frère et la belle-sœur (13). 3° Empêchements fondés sur des motifs de convenance (14). 4° Empêchements fondés sur des motifs d'ordre public (15).

Section II. — *Comment se contractaient les justæ nuptiæ ?* — Par le consentement libre des époux. Il n'y avait besoin ni de l'intervention d'un fonctionnaire, ni d'une cérémonie religieuse, ni de la rédaction d'un écrit, en principe (16). Cependant l'usage était de célébrer une *festivitas nuptiarum.* La cohabitation des époux n'était pas

(4) D., *De sponsalibus*, 23, 1. — C., *eod.*, 5, 1. — (5) J., I, 9, § 1 ; — L. 1, D., h. t. — (6) U., 5, § 3. — (7) J., pr. h. t. ; — G., I, §§ 56, 57. — (8) J., *eod.* — (9) L. 9, § 1, L. 10 et 1, D., h. t. — L. 25, C., h. t. — (10) L. 25, C., h. t.; L. 19, D., h. t. — J., *pr. in fine*, h. t. — (11) L. 39, § 1, D., *De jure dotium*, 23, 3. — (12) J., § 1 à 5 h. t. — G., I, § 58 à 62. — Code Théod., *De incestis nuptiis*, L. 1. — (13) L. 2, *eod.* — J., §§ 6 à 9 h. t. — G., I, § 63. — (14) J., § 9 et 10 h. t. — L. 54, D., h. t. — L. 4, C., h. t. — (15) J., § 11 h. t. — U., 13. — L. 38 et 66, D., h. t. — (16) L. 16, § 2 ; L. 22, D., h. t. — L. 4, D., *De pign. et hyp.*, 20, 1. — L. 23, § 7, C., h. t. — N., 74, cap. 4 ; N., 117, cap. 4.

Digitized by Google

non plus exigée (17), mais bien la tradition de la femme *in domum mariti*, sauf controverse (18).

SECTION III. — *Effets des justes noces.* — Distinction entre mariage avec *manus* et sans *manus*.

1° Effets du mariage sans *manus:*

A) Entre les époux. Noms de *vir* et *uxor*. La femme prend la condition sociale du mari (19). Elle lui doit le respect (20). Devoir de fidélité, sanctionné sévèrement pour la femme (20 *bis*). Cessation de l'incapacité du *cœlebs* (21). Bénéfice de compétence (22). Dot et donations *ante nuptias* ou *propter nuptias* possibles (23). Nullité des donations entre époux (24). Interdiction de toute action infamante, action *rerum amotarum* (25). *Bonorum possessio inde vir et uxor* (26).

B) Effets des *justæ nuptiæ* vis-à-vis des cognats de chaque époux : alliance (27).

C) Effets vis-à-vis des enfants. Présomption *pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant* (28). L'état de l'enfant est déterminé par celui du père au moment de la conception. *Patria potestas*. Dette alimentaire (29).

SECTION IV. — *Dissolution des justæ nuptiæ.* — 1° Mort. 2° *Maxima capitis diminutio*. Restrictions au cas de captivité (30). 3° *Media capitis diminutio*. Dérogations (31). 4° Divorce : *a*) par le consentement mutuel (*bona gratia*) : il n'est plus permis sous Justinien que *propter castitatem* (32) ; *b*) par la volonté d'un des époux : le divorce, d'abord très rare, devint très fréquent et fut soumis à des

(17) L. 15, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (18) P., II, 19, § 8. — L. 5, D., h. t. — L. 66, D., *De donat. inter*, 24, 1. — L. 5, § 10, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 66, C., *De don. ante nupt.*, 5, 3. — (19) V., § 104. — L. 1, § 1, L. 8, D., *De senatoribus*, 1, 9. — (20) L. 11, § 1, D., *Soluto matrimonio*, 24, 3. — (20 *bis*) U , VI, § 12 et s. — L. 1, L. 30, D., *Ad leg. Juliam de adult.*, 9, 9. — L. 52 et 61, D., h. t. — J., IV, 18, § 4. — (21) U., 17, § 1. — (22) J., IV, 6, § 37. — L. 20, D., *De re judicata*, 42, 1. — (23) J., § 12, h. t. ; — II, 7, § 3. — (24) L. 1, D., *De donat. inter*; 24, 1. — (25) L. 1, L. 7, D., *Rerum amotarum*, 25, 2. — L. 2, C., *eod.*, 5, 21. — (26) J., III, 9, § 3, *in fine*, et § 6. — (27) J., § 8, h. t. — (28) D., L. 5, *De in jus vocando*, 2, 4. — (29) D., *De agnoscendis vel alendis liberis*, 25, 3. — (30) L. 6, D., *De divortiis*, 24, 2. — L. 8 et 12, § 4, D., *De captivis*, 49, 15. — N., 22, cap. 7. — (31) L. 56, D., *Soluto matrimonio*, 26, 3. — L. 1, C., *De repudiis*, 5, 17. — N., 22, cap. 13. — (32) N., 117, cap. 10.

Digitized by Google

formes sous Auguste (33), puis le divorce sans cause valable fut puni (34) ; *c*) par la volonté du *paterfamilias* d'un des époux (mode atténué par Antonin le Pieux) (35).

Section V. — *Des seconds mariages.* — 1° Avant Auguste, le législateur les voit d'un œil indifférent (36). 2° Sous Auguste (Lois *Julia* et *Papii Poppea*), il les favorise (37). 3° A l'époque chrétienne il leur est hostile (38).

Appendice I. — Du mariage de droit des gens. — La *lex Julia de adulteriis* s'y appliquait (39).

Appendice II. — Du concubinat (40). — Dans le concubinat la femme est dans une condition inférieure. Les empêchements fondés sur des motifs d'ordre public disparaissent ici presque tous. Le concubinat ne produit vis-à-vis de la femme aucun des effets du mariage. Les enfants (*liberi naturales*) ont une filiation certaine même à l'égard du père. Récemment on a soutenu que le concubinat n'était pas une union reconnue par la loi (40 *bis*). La concubine pouvait-elle être une esclave (40 *ter*) ?

Appendice III. — *Du stupre.* — C'est un commerce illicite (41). Point de stupre dans les relations avec une femme de condition vile. Les enfants issus du stupre (*spurii, vulgo quæsiti*), ne sont reliés qu'à leur mère. Incapacités de recevoir frappant les enfants incestueux (42).

Appendice IV. — *Des mariages putatifs* (43) ?

Appendice V. — *Du contubernium.* — L'union de deux esclaves ne produisait aucun effet légal sauf la

(33) L. 9, D., *De divortiis*, 24, 2. — (34) L. 1, C., *De repudiis*, 5, 17. — N., 22, cap. 13, N., 117. — (35) P., V, 6, § 15. — (36) L. 11, § 4, D., *De his qui notantur*, 3, 2. — (37) U., 14. — (38) L. 2, C., *De secundis nuptiis*, 5, 9. — (39) L. 13, § 1, D., *Ad leg. Juliam*, 48, 5. — (40) D., *De concubinis*, 25, 7. — P. II, 20. — N., de Leon 91. — (40 *bis*) Voyez Gide et Giraud, *Comptes rendus de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1880-1881 ; *Nouvelle revue historique*, 1880. — (40 *ter*) P., V, 6, § 16. — L. 8, D., *de pignor. et hyp.*, 20, 1. — (41) L. 101, pr. D., *De verb. sign.*, 50, 16. — P. II, 26, § 15. — *Lex Dei*, IV, 3. — L. 38, pr., § 1, 2, 4, D., *Ad leg. Juliam de adulteriis*, 48, 5. — C., *De incestis nuptiis*, 5, 5. — J., IV, 18, § 4. — (42) L. 6, C., *eod.* — (43) L. 57, § 1, D., *De ritu nuptiarum*, 23, 2. — L. 4, *in fine*, C., *De incestis nuptiis*, 5, 5. — L. 3, C., *Soluto mat.*, 5, 18. — L. 22, § 13, D., *Solutomat.*, 24, 3.

Digitized by Google

servilis cognatio (44). Union d'une femme libre et d'un esclave (Sn. Claudien) (45). Constantin la prohiba sous peine de mort lorsque l'esclave appartenait à la femme (46).

CHAPITRE II

DE LA PATRIA POTESTAS (J., I, 9)

GÉNÉRALITÉS.

SECTION I. — La *Patria potestas* était le pouvoir domestique (propre aux citoyens romains) du paterfamilias sur ses descendants par les mâles, naturels ou adoptifs. — La *patria potestas* est de droit civil (1). Elle n'appartient qu'aux hommes (2). — Elle s'acquiert par la procréation en mariage romain, par la légitimation et par l'adoption (renvoi).

SECTION II. — *Effets de la patria potestas.* — Elle était organisée dans l'intérêt du père.

§ 1. — Situation juridique du fils de famille, dans la famille.

A) Quant à sa personne.— A l'origine, il semble être la propriété du *paterfamilias* (3). Le *paterfamilias* a sur lui *jus vitæ necisque* (4). Mais ce pouvoir fut toujours tempéré par l'existence du tribunal domestique composé de parents (5). Limitations apportées aux pouvoirs du père par les constitutions impériales (6). Le fils ne peut être mis à mort qu'avec l'autorisation du magistrat.

B) Quant à ses biens. — Primitivement, il n'en pouvait avoir (7). Mais souvent il administrait un *pécule profec-*

(44) J., I, 10, § 10. — (45) P., II, 21. — (46) C., *De mulieribus,* etc., 9, 11.

(1) J., § 2. — G., 1, § 55. — (2) L. 195, § 5, § D., *De verb. sign.,* 50, 16 — (3) L. 1, § 2, D., *De rei.,* 6, 1. — J., IV, 1, § 9. — (4) *Lex Dei,* IV, 8. — L. 10, C., *De pat. pot.,* 8, 47. — L. 11, D., *De liberis et post.,* 28, 2. — (5) Val.-Max., V, 8, n° 1, § 2 à 5. — V. 9, n° 1. — Sénèque, *De clementia,* I, 15. — Denys, II, 25. — L. 5, D., *De lege Pompeia de paricidiis,* 48, 9. — (6) L. 5, D., *Si a parente quis manumissus,* 37, 12. — L. 2, D., *Ad leg. Corneliam,* 48, 8.— L. *Unica,* C., *De his qui parentem,* 9, 17. — L. 3, C., *De infant. expos.,* 8, 52. — L. 1, Code Th., *eod.,* V, 7. — L. 6, C., *De spectaculis,* 11, 40. — (7) J., II, 19, § 2. — G., II, 157. — L. 11, D., *De liberis et post.,* 28, 2. — Tit. Liv., 24, 11.

Digitized by Google

tice. Plus tard le fils devint propriétaire des *pecules castrans, quasi castrans et adventice*. (Renvoi plus bas.)

§ 2. — Situation du fils de famille dans la société. — C'est un citoyen capable de remplir les fonctions publiques, de s'obliger, etc. (8).

SECTION III. — *Comment s'éteignait la puissance paternelle ?* (J., I, 12).

Le fait extinctif se produisait tantôt dans la personne du *paterfamilias*, tantôt dans celle du fils et dans, chacun de ces cas, l'extinction pouvait être absolue ou relative (9).

§ 1. — Extinction dans la personne du *paterfamilias*. 1° Mort (10). 2° *Maxima capitis diminutio* (11). 3° *Media capitis diminutio* (12). 4° *Minima capitis diminutio* (adrogation ou légitimation du *paterfamilias*).

§ 2. — Extinction dans la personne du *filiusfamilias* (13). (Émancipation, adoption : *capitis diminutio*).

SECTION IV. — *De l'émancipation*.

A) Formes (14). Le père mancipait trois fois son fils à un ami, qui, en vertu d'un contrat de fiducie, l'affranchissait deux fois, enfin le remancipait au *paterfamilias* qui l'affranchissait et devenait ainsi son patron ; (une seule mancipation suffit pour les filles et les petits-enfants). Les Prudents avaient imaginé ce procédé en invoquant le texte de la loi des XII tables : « *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* » — Émancipation par rescrit du prince. — Sous Justinien une déclaration devant le magistrat suffisait (15). L'émancipation était quelquefois forcée (16).

B) Condition de validité. — A l'époque classique il fallait que l'émancipé ne s'opposât pas (17), mais le consentement du père n'était point requis en cas d'émancipation par l'aïeul (18).

(8) Cicér., *De inventione*, II, 17. — Aulu-Gelle, II, 2. — (9) U., X. — (10) J., pr. — (11) J., § 3. — (12) J., § 1. — (13) J., § 1, *in fine*, § 4, G., 1, 128 à 131 — III, 114. — L. 5, C., *De consulibus*, 12, 3. — L. 66, C., *De decur.*, 10, 30. — (14) J., § 6. — G., 1, 132. — U., X, § 1. — P., II, 25, § 2, 3, 4. — (15) L. 5, C., *De emancip.*, 8, 49. — (16) Voy. note 6, *supra*. — L. 92, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 32, pr., § 1, D., *De adopt.*, 1, 7. — (17) P., 2, 25, § 5. — (18) J., § 7.

Digitized by Google

C) Effets de l'émancipation. — La puissance paternelle est rompue, l'émancipé devient *sui juris*. Sous Constantin, révocation en cas d'ingratitude (19). Comment l'émancipation, qui était une peine, est-elle devenue une faveur (20)? L'émancipé gardait, sauf reprise expresse, son pécule profectice (21). *Quid* des enfants conçus avant ou après la troisième mancipation de leur père (22)?

Section V. — *De l'adoption* (J., I, 11. — D., *De adoptionibus*, I, 7. — C., *eodem*, 8, 48).

L'adoption est un acte solennel par lequel une personne acquiert la *patria potestas* sur une autre personne. L'adrogation est l'adoption d'un *sui juris*. L'adoption proprement dite est celle d'une personne *in patria potestate*.

§ 1. — Adrogation.

A) Formes. Il fallait l'approbation des pontifes et une loi curiate (23). Plus tard un rescrit impérial suffit (24).

B) Capacité requise. *a*) L'adrogeant devait être citoyen romain, âgé de 60 ans en principe (25), et ayant 18 ans au moins de plus que l'adrogé (26), du sexe mâle (dérogations sous le droit impérial) (27), non castrat (28), avoir l'assentiment de son fils s'il voulait adroger un petit-fils (29) ; au reste l'adrogation était rarement permise à celui qui avait un fils (30). *b*) L'adrogé devait être citoyen romain, pubère (l'adrogation des impubères fut permise par Antonin avec certaines précautions, enquêtes, etc.) (31), être du sexe mâle sauf sous le droit impérial (32). L'adoption des *liberi naturales*, d'abord permise, fut prohibée par Justin et par Justinien (33). L'adrogation d'un affranchi par un tiers laissait subsister les droits du patron (34). Les mineurs de 25 ans ne pouvaient être adrogés qu'avec le consentement de leurs curateurs et sauf le bénéfice de la *restitution*

(19) L. *Un.* C., *De ingratis liberis*, 8, 50. — V., § 248. — (20) L. 4. § 10, D., *De gradibus*, 38, 10. — G., II, § 135. — III, § 26. — J., I, 15. § 3. — III, 5, § 1. — V., § 260. — (21) L. 31, § 2, D., *De donat.*, 39, 5. — (22) G., I, 135. — (23) Cic., *Pro domo*, 13, 14, 29. — Gell., V, 19. — G. I, § 99. — (24) J., § 1. — L. 2 et 6, C. h. t. — (25) L. 15, § 2, D., h. t. — (26) G. I, § 106. — J., § 4. — (27) J., § 10. — N. 89. — (28) J., § 9. — (29) J., § 5, 7. — (30) L. 17, § 3, D., h. t. — (31) J., § 3. — G. I, 102. — L. 67, § 1, 2, 4, D., h. t. — (32) G., I, 101. — L. 21, D., h. t. — (33) L. 7, 10, 11, C., *De natur. lib.*, V, 27. — N. 74, cap. 3. — (34) L. 5, C., h. t. — L. 15, § 3, D., h. t. — L. 49, D., *De jure patron.*, 38, 2.

Digitized by Google

in integrum (35). Les tuteurs et curateurs ne pouvaient adroger les personnes dont ils avaient la tutelle ou la curatelle. On ne pouvait adroger ou adopter son fils adoptif, émancipé ou donné en adoption (36).

C) Effets de l'adrogation. *a*) Personne de l'adrogé. Il passait sous la *patria potestas* de l'adrogeant avec tous ceux qui étaient soumis à sa puissance. — Conséquences : il prend le nom de l'adrogeant, rompt son testament, devient l'agnat de ses agnats (37). *b*) Biens de l'adrogé. Ils passent à l'adrogeant, mais sous Justinien en nue-propriété seulement (38).

Dans l'adrogation des impubères, l'adrogeant s'obligeait à restituer les biens de l'adrogé à ses héritiers, s'il mourait (39), ou à lui-même s'il l'émancipait avant l'âge de la puberté, ou s'il l'exhérédait (40). Si l'émancipation n'était pas justifiée, l'adrogé avait en outre la *quarte antonine*. (Renvoi à la quarte légitime.) L'adrogé pubère peut demander son émancipation (et la restitution de ses biens), s'il y a avantage (41).

§ 2. — De l'adoption.

A) Formes. On procède d'abord comme pour émanciper, puis après les trois mancipations fiduciaires, l'adopté étant remancipé à son père naturel, l'adoptant le revendique comme son fils devant le préteur qui adjuge l'adopté à l'adoptant, les parties étant d'accord. Sous Justinien il suffit d'une déclaration devant le magistrat par les trois intéressés (42). Pour l'adoptant, mêmes conditions de capacité que pour l'adrogeant (43). L'adoption des impubères et des femmes a toujours été permise (44). Pouvait-on adopter un esclave (45) ?

B) Effets de l'adoption (46). Avant Justinien, l'adopté tombe sous la puissance de l'adoptant et perd tous ses droits dans sa famille naturelle. Sous Justinien, ces effets

(35) L. 8, D., h. t. — L. 5, C., *Deauctor. præstanda*, 5, 59. — (36) L 37, § 4, D., h. t. — (37) G., II, 138. — L. 7, D., *De in jus vocando*, 2, 4. — (38) J., III, 10, § 2. — G., 3, 83. — (39) L. 18, 19, D., h. t. — (40) L. 1, D., *De cond. ex lege*, 13, 2. — (41) L. 32, pr., L. 33, D. h. t. — (42) G., I, § 134. — L. 11, C., h. t. — J., § 8. — (43) G., I, § 103 à 106. — (44) G., I, § 101, 102. — (45) Gell. V, 19, § 12, 14. — J., § 12. — (46) L. 10, C., h. t. — J., § 2.

Digitized by Google

ne se produisent que si l'adoptant est un ascendant (ex.: ascendant maternel), autrement l'adopté reste dans sa famille naturelle et acquiert seulement des droits de succession *ab intestat* à l'égard de l'adoptant.

SECTION VI. — *De la légitimation* (47). Un *liber naturalis* devient ainsi *justus liber*. La légitimation était inconnue avant le Bas-Empire, mais on peut citer comme analogues les cas de *causæ probatio*, d'*erroris probatio* et d'acquisition de la cité romaine par un pérégrin et ses enfants (48).

§ 1. — Légitimation par mariage subséquent. Elle fut accordée par Constantin et Zénon comme une faveur temporaire. Une constitution d'Anastase, abrogée par Justin, mais rétablie par Justinien, la permit pour l'avenir (49). Conditions requises : 1° Il fallait qu'il y eût eu *concubinat* et non *stupre* (renvoi plus haut) ; 2° Que la concubine ne fût pas esclave. Justinien supprima plus tard cette condition (50). 3° Il fallait la rédaction d'un *instrumentum dotale* (51). 4° Le consentement, ou du moins la non-opposition des enfants (52).

§ 2. — Légitimation par oblation à la curie (53). Conditions requises (54). Les enfants ainsi légitimés n'acquièrent pas les droits d'agnation, et en concours avec des enfants légitimes, ne peuvent recevoir plus que la part du moins prenant (55).

§ 3. — Légitimation par rescrit du prince (56).

CHAPITRE III

DE LA MANUS (G., 1, §§ 108 à 116 et § 137. — U. IX)

GÉNÉRALITÉS : C'est le pouvoir domestique propre aux citoyens romains qui ne s'appliquait qu'aux femmes.

(47) J., 1, 10, § 13. III, 1, § 2. — (48) G., I, 66, 67 et s., 93. 94. — I, 29. — U., 3, § 3. — (49) L. 5 et s., C., *De natur. lib.*, V, 27. — (50) N., 18, cap. 11. — N., 12, cap. 4. — N., 78. — (51) L. 10 et 11, Cod. eod. — (52) Nov., 89, cap. 11. — (53) L. 3, C. *eod.* — (54) L. 9, § 3, C. *eod.* — (55) L. 3, C., *eod.* — N., 89, cap. 2 à 5. — (56) N., 74, cap. 1 et 2. — N., 89, cap. 9 et 10.

Digitized by Google

Section I. — *Comment s'acquérait la manus ?* 1° *Usu*, lorsque la femme était restée chez son mari, une année sans interruption. 2° *Farreo*, cérémonie religieuse (confarréation), nécessaire pour que les enfants pussent aspirer à certaines dignités sacerdotales (56 *bis*). 3° *Coemptione*, mancipation de la femme au mari par son *paterfamilias* ou ses tuteurs. La manus, conservée quelque temps *ad sacra tantum* par la confarreatio (57), a complètement disparu sous le Bas-Empire.

Section II. — *Diverses espèces de manus.* — Époque de la loi des XII tables. La manus n'était contractée que *matrimonii causa.* A l'époque classique elle pouvait l'être en outre *fiduciæ causa.* La femme se plaçait *in manu fiduciæ causa* pour changer de tuteur, pour tester (58), pour se libérer de l'obligation des *sacra privata* (59).

Section III. — *Effets de la manus.*

§ 1. — Manus contractée *matrimonii causa.* 1° Mari *sui juris;* la femme, nommée alors *materfamilias*, passe sous sa puissance; le mari peut la juger avec l'assistance du tribunal de famille (60). Elle est *loco filiæ;* mêmes conséquences qu'en cas d'adrogation ou d'adoption (61). 2° Si le mari est *filiusfamilias* la femme est, à l'égard du *paterfamilias, loco neptis* (62).

§ II. — Manus contractée *fiduciæ causa.* — (Par la *coemptio* et généralement avec un étranger). Dans ce cas, si la femme était *filiafamilias*, la puissance paternelle était rompue; si elle était *sui juris*, tous ses biens passaient au *coemptionateur* qui l'émancipait et les lui rendait (63). La femme n'acquérait pas les droits de fille, sauf lorsque la manus, même fiduciaire, était contractée avec le mari (64).

(56 *bis*) G., I, 136. — Tacite, *Annales*, IV, 6. — (57) Servius sur *Georg.* I, vers 81 et *ad Æneidem*, IV, 103, 374. — Tacite, *Annales*, IV, 16. — Denys d'Hal., 2, 25. — Pline, *Hist. nat.*, 18, 3. — *Festus*, V° *Farreum.* — (58) G., I, § 115. — Cicer., *Topic*, 4. — Aulu-Gelle, I, 12, § 9. — (59) Cicer., *Pro Murena*, 12. — (60) Denys d'Hal., II, § 25. — Suétone, *Tibère*, 35. — Polybe, VI. — Pline, *Hist. nat.*, 14, §§ 13, 14. — *Lex Dei*, 4, 10. — Tacite, *Annales*, 13, § 32. — (61) Aulu-Gelle, 18, 6 — G., 1, §§ 111, 136. — III, §§ 82 et s. — Cicer., *Top.*, 4. — (62) G., I, 148. — (63) G., I, 114, 137. — (64) G., I, § 115, *in fine*.

Digitized by Google

SECTION IV. — *Comment s'éteignait la manus?* — Comme la *patria potestas*. La manus fiduciaire s'éteignait toujours par l'émancipation, la femme *in manu mariti* pouvait toujours se faire émanciper en divorçant (65).

CHAPITRE IV

ACTIONS RELATIVES AU DROIT DE FAMILLE

1° Actions relatives au mariage. *Præjudicium de matrimonio;* interdit *de uxore exhibenda vel ducenda* (66); 2° Actions relatives à la paternité et à la filiation. Action *de partu agnoscendo*, donnée à la femme. Du Snc. Plancien (67). Action *de agnoscendis liberis* donnée aux enfants. Les *spurii* l'ont seulement contre leur mère (68); 3° Actions relatives à la puissance paternelle. Entre le père et celui qu'il prétend être en sa puissance, *cognitio extraordinaria* (69). Entre le père et un tiers qui retient le fils, revendication, interdit *de liberis exhibendis* et *cognitio extraordinaria* (70).

TITRE III

Des capitis diminutiones (J., I, § 16. — D., *De capite minutis*, 4, 5).

Il y a *capitis diminutio*: 1° lorsqu'un individu perd la liberté (*maxima capitis diminutio*); 2° lorsqu'il subit un changement dans son *status civitatis* (*media capitis diminutio*); 3° ou dans son *status familiæ* (*minima capitis diminutio*) (1).

(65) G., I, § 137. — (66) L. 3, § 4 D., *De agnoscend. lib.*, 25, 3. — L. 2, D., *De lib. exhib.*, 43, 30. — (67) J., IV, 6, § 13. — L. 3, § 1, D., *De agnoscendis*, 25, 3. — P., II, 24. — C., *De alendis liberis*, 5, 25. — (68) L. 5, § 4, D., *De agn. lib.*, 25, 3. — (69) L. 1, § 2, D., *De reco.*, 6, 1. — L. 8, D., *De probat.*, 22, 3. — (70) L. 1, § 1, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 3, § 3, D., *De lib. exhib.*, 43, 3.

(1) J., pr. — G., I, 159.

Digitized by Google

Divers systèmes sur le sens de l'expression *capitis diminutio*. — *Caput* est synonyme de *status* (2). *Diminuere* signifie : trancher, détruire (3).

La personne qui subit *capitis diminutio*, perd le rôle juridique qu'elle avait et en joue désormais un autre.

CHAPITRE I

DE LA MAXIMA CAPITIS DIMINUTIO.

Elle avait lieu toutes les fois qu'une personne libre devenait esclave (renvoi plus haut). L'esclave affranchi n'est pas *capite minutus*, il ne perd aucun rôle, parce qu'il n'en jouait aucun (4).

De la captivité en particulier; théorie du *postliminium* (5).

Le *postliminium* est une fiction en vertu de laquelle le captif revenu dans son pays est censé n'avoir jamais perdu la liberté. Étymologie de ce mot. En vertu de cette fiction, le captif recouvrait tous ses droits (*res juris*), mais elle était impuissante quant aux *res facti* (mariage, possession) (6). Application de ces principes à la *patria potestas* (7). Cas dans lesquels le captif ne jouissait pas du *postliminium* (8). Le préteur respectait les effets de cette *capitis diminutio*.

CHAPITRE II

DE LA MEDIA CAPITIS DIMINUTIO

Causes qui la produisent. (Renvoi à l'introduction historique.) Perte de la cité romaine, ou même acquisition

(2) L. 3, § 1, L. 4, D., h. t. — *Gaius* (Studemund), 1, § 159. — (3) Plaute, *Menech.*, II, 2, vers 30. — Térence, *Adelp.*, IV, 2. — César, *De bello gallico*, VI, 23. — (4) J., § 4. — L. 3, § 1, D., h. t. — Nov. Théod., tit. 17. — (5) G., I, 129. — J., I, 12, § 5. — D., *De captivis*, 49, 15. — U., 10, § 4. — (6) L. 22, §§ 2 et 3 ; — L. 12, § 2, D., *De captivis*, 49, 15. — L. 23, § 1. D., *De aq. pos.*, 41, 2. — (7) G., I, 129. — J., I, 12, § 5. — (8) L. 17, 19, § 4 ; L. 5, § 3 ; L. 4, D., *De captivis*, 49, 15.

Digitized by Google

du droit de cité par un pérégrin (9). Outre ses conséquences politiques, elle entraîne les effets de la *minima capitis diminutio*, et de plus elle rompt les liens de la *cognatio* et de l'*affinitas* (10). Quelquefois on perd tout droit de cité (condamnations), quelquefois on change de cité (11). La restitution *per omnia* peut en anéantir les effets (11 *bis*). Le préteur les respecte.

Effets de ces deux *capitis diminutiones* sur les biens et les dettes du *capite minutus*. Les biens, (sauf le cas de changement de cité), passent au maître du nouvel esclave ou au fisc. — Les créanciers sont envoyés en possession de ces biens, si le nouveau propriétaire ne paie pas les dettes (11 *ter*).

CHAPITRE III

DE LA MINIMA CAPITIS DIMINUTIO

§ 1. — Elle se produit toutes les fois que l'on change de *domus* (11 *quater*).

1° Lorsqu'un *sui juris* devient *filiusfamilias* (adrogation, légitimation, *manus*), il y a toujours *capitis diminutio;* 2° lorsqu'un *filiusfamilias* devient *sui juris* (*maxima* ou *media capitis diminutio* du *paterfamilias*, arrivée du fils à certaines dignités), il n'y avait pas *capitis diminutio; secùs* dans le cas d'émancipation (12); 3° lorsqu'un *filiusfamilias* passe dans une autre famille en qualité de *filiusfamilias*, (adoption, *manus* pour la *filiafamilias*, enfant de l'adrogé), il y a *capitis diminutio* (13).

§ 2. — Effets de la *minima capitis diminutio*. — Rupture de la *patria potestas*, de l'agnation et de la *gentilitas* (14). Perte des droits de succession, de tutelle et de patronage (15). Annulation du testament en droit

(9) Table de Salpensa, 22, 23. — *Festus*, V° *Deminutio*. — (10) J., § 6. — (11) J., *eod.* — G., I, § 131. — (11 *bis*) J., I, 12, § 1. — (11 *ter*) L. 2, pr., L. 7, § 2, D., h. t. L. 11, D., *De jure fisci*, 49, 14. — (11 *quater*) L. 11, *in fine*, D., h. t. — (12) L. 3, D., h. t. — G., I, 130. — Aulu-Gelle, I, 12, §§ 9 et 18. — (13) L. 3, pr., D., h. t. — (14) J., I, 15, § 3. — Cicér., *Topic.* 6. — (15) G., III, 51, 83. — Table de Salpensa, 23.

Digitized by Google

civil (16). Extinction des droits d'usufruit, d'usage, et des créances de ces droits (17), des *judicia legitima* (18), de la créance de l'*adstipulator* (18 *bis*). Dissolution de la société (19).

La *minima capitis diminutio* laisse subsister la *cognatio*, le mariage, la servitude d'habitation et les *operæ servi*, ainsi que les *judicia imperio continentia* (19 *bis*).

Effets sur les dettes du *capite minutus*. — *Jure civili* ses dettes s'éteignent excepté celles nées des délits ou quasi-délits, les dettes naturelles, celles garanties par une action *in factum* et celle de la restitution de la dot (20). Le préteur donne contre le *capite minutus* une action *fictice, rescisa capitis diminutione*. Ses créanciers alors se font payer jusqu'à concurrence de ses biens (21).

Sous Justinien la *minima capitis diminutio* ne produit plus d'effet (22).

CHAPITRE IV

DE L'EXISTIMATIO (23).

Elle est diminuée par la note du censeur, l'infamie et la turpitude. — L'infamie résultait de la condamnation dans un *judicium publicum*, dans les actions de vol, de rapine, d'injure, de dol, de société, de tutelle, de mandat, de dépôt (24) ; de l'exercice de certaines professions honteuses ; etc. (25). Elle avait pour effet l'incapacité de remplir des fonctions publiques, d'ester en justice pour autrui (*postulare*), et d'intenter des actions populaires (26). De la turpitude, (*levis nota*) (27).

(16) G., II, 125. — J., II, 17, § 6. — (17) L. 1, pr., D., *Quibus mod. usuf.*, 7, 4. — (18) G., III, 83, et IV, 104. — (18 *bis*) G., III, 114. — (19) G., III, 153. — (19 *bis*) G., I, §§ 135, 158. — J., I, 6, §§ 3, 6. — L. 8, D., *De reg. juris*, 50, 17. — L. 10, D., h. t. — L. 2, D., *De usu et usuf.*, 33, 2. — G., III, § 83. — (20) L. 2, § 3 ; —L. 8 et 9, D., h. t. — (21) L. 2, § 1, D., h. t. — G., IV, § 3. — L. 2, pr., *Quod cum eo*, D., 14, 5. — (22) N. 118. — J., II, 4, § 3 ; — III, 25, §§ 4 à 8 ; — II, 17, § 6.— (23) L. 5, § 1, § 3, D., *De extraord. cogn.*, 50, 13. — (24) L. 7, D., *De publicis judiciis*, 48, 1. — Table d'Héraclée, cap. 8. — L. 1, D., *De his qui notantur*, 3, 2. — J., IV, 16, § 2. — (25) D., *eod. passim*. — (26) L. 1, § 8, D., *De postulando*, 3, 1. — L. 56, D., *pro socio*, 17, 2. — (27) L. 27, C., *De inof. test.*, 3, 28.

Digitized by Google

TITRE IV

Des personnes sui juris

GÉNÉRALITÉS. — Les personnes *sui juris* se divisent en: 1° personnes en tutelle ; 2° personnes en curatelle ; 3° personnes *quæ neutro jure tenentur*. — Les personnes *alieni juris* ne peuvent être ni en tutelle ni en curatelle ; elles n'ont pas de biens et leur *paterfamilias* protège leurs personnes.

CHAPITRE I

DES PERSONNES EN TUTELLE (J., I, 13)

GÉNÉRALITÉS. — Tutelle des impubères. — Tutelle des femmes. — Tutelle des impubères. Définition (1). — *Pupillus ; tutor* (2). — Division de la tutelle en testamentaire, légitime, fiduciaire et dative (3) ou Attilienne (4). De la tutelle des impubères.

I. — TUTELLE DES IMPUBÈRES

SECTION I. — *A quelle espèce de tutelle le pupille était-il soumis ?*

§ I. — Le pupille est un ingénu, *justus liber*, devenu *sui juris* sans émancipation. — Il pouvait être soumis aux tutelles suivantes.

1° *Tutelle testamentaire*. — (D., *De test. tutela*, 26, 2. — J., I, 13).

(1) J., pr. — (2) L. 239, pr., D., *De Verb. sign.*, 50, 16. — J., § 2. — (3) G., I, § 188. — (4) J., I, titre 14, 15, 17, 18, 19, 20.

Digitized by Google

Qui nommait le tuteur? — Le *paterfamilias* pouvait nommer par testament un tuteur à son *filiusfamilias* impubère qui doit devenir *sui juris* par le décès du testateur (5). La loi *Junia Velleia* permit au testateur de nommer un tuteur à ses enfants posthumes, et à ses petits-enfants pour le cas où leur père mourrait avant l'aïeul testateur (6).

Qui pouvait être nommé tuteur? — Celui avec qui le testateur avait la *factio testamenti* (7), pourvu qu'il fût capable de remplir des fonctions publiques, ce qui exclut les femmes et les Latins (8). De l'esclave nommé tuteur (9).— Formes de la nomination. Primitivement elle devait être faite dans un testament (et non dans des codicilles), au moyen d'une formule solennelle ; sa validité dépend d'ailleurs de celle du testament. On peut nommer un tuteur à terme ou sous condition (10).

2° *Tutelles légitimes.*

A) Tutelle légitime des agnats. (J., I, 15). — Elle ne s'ouvre que si le testateur n'a pas nommé de tuteur, ou si ce tuteur vient à mourir. Elle ne s'ouvre pas dans le cas de nomination conditionnelle, d'excuse ou de destitution du tuteur testamentaire (11). La tutelle appartient à l'agnat, ou aux agnats les plus proches, en vertu du principe: « *Ubi successionis emolumentum, ibi et onus tutelæ debet esse* » (12). La tutelle n'est dévolue aux agnats subséquents qu'en cas de mort ou de *capitis diminutio* des agnats plus proches ; dans tout autre cas (excuse, destitution, captivité), la tutelle dative s'ouvre, au moins provisoirement (12 *bis*).

Justinien, qui donne la succession aux cognats, leur attribue aussi la tutelle (13).

B) Tutelle légitime des gentils (14).

3° *Tutelle dative,* si les précédentes viennent à manquer.

(5) U., 11, § 14. — J., § 3. — (6) J., § 4. — L. 10, § 2, D., h. t. — (7 U., 11, § 16. — (8) J., I, 25, pr. — J., pr. et § 2. — L. 18, D., h. t. — U., 11, § 16. — (9) J., § 1. — (10) G., I, § 149 ; — II, § 193. — U., 11, § 14. — J., §§ 3, 4, 5. — (11) J., § 2. — L. 11, §§ 1 et 2, D., *De test. tut.*, 26, 2. — J., 1, 17, pr. — (12) J., I, 16, § 7. — (12 *bis*) L. 1, § 2 ; — L. 3, §§ 8, 9, D., *De legit. tutel.*, 26, 4. — (13) N. 118, cap. 5. — (14) *Laudatio Thuriæ*, 5e alinéa. Giraud, Enchyr.

Digitized by Google

§ 2. — Le pupille est un affranchi. — 1° Point de tutelle testamentaire ni de tutelle légitime des agnats ou des gentils, mais la jurisprudence donna la tutelle au patron et à ses enfants que la loi des XII tables appelait à la succession (15). Du cas où il y avait plusieurs patrons (16). L'esclave affranchi par le propriétaire bonitaire et devenu Latin-Junien avait pour patron le *dominus ex jure Quiritium* (17).

2° Si cette tutelle fait défaut, il y a lieu à la tulelle dative.

§ 3. — Le pupille est un ingénu devenu *sui juris* par émancipation.

1° Plus de tutelle testamentaire, ni de tutelle légitime des agnats ou des gentils (18). L'émancipé, étant considéré comme un affranchi, avait pour tuteur le manumisseur. Cette tutelle était par faveur légitime, lorsqu'elle appartenait au *parens* manumisseur, et fiduciaire seulement pour le manumisseur *extraneus* et les enfants du *parens* manumisseur (19), à cause du contrat de fiducie qui était intervenu. L'intérêt de la distinction consistait en ce que les tuteurs légitimes des femmes pouvaient *céder la tutelle in jure* (20). Le motif que Justinien attribue à cette faveur n'est pas toujours exact (21). Sous Justinien, il n'est plus question du manumisseur *extraneus* (22).

2° Si ces tutelles manquent : tutelle dative.

§ 4. — Le pupille est un *liber naturalis* ou un *spurius*. La tutelle dative se présente seule ici (J., I, 20). Cette tutelle fut organisée par les lois *Attilia, Julia* et *Titia* (23). Leurs lacunes furent comblées par des constitutions impériales (24).

Quand y avait-il lieu à cette tutelle? 1° Le magistrat nommait *librement* un tuteur lorsqu'il n'y avait pas, ou qu'il n'y avait plus de tuteurs testamentaires ou légitimes; lorsque les tuteurs testamentaires avaient été nommés sous condition ou à terme ; lorsque les tuteurs légitimes

(15) J., I, 17. — (16) L. 6, D., *De legitimis tutoribus*, 26, 4. — (17) G., I., § 167. — (18) Cicér., *Topiques*, 6. — (19) G., I, §§ 166, 172, 175. — U., XI, § 5. — J., I, 18 et I, 19. — (20) G., I, 172. — (21) J., I, 19. — (22) J., *eod.* — (23) J., pr. — Tite-Live, 39, 9. — (24) J., § 3.

Digitized by Google

ou testamentaires étaient excusés ou écartés ; enfin lorsqu'il s'agissait de nommer un tuteur *ad hoc* (25). 2° Le magistrat confirmait sans enquête la nomination testamentaire faite par le père pour son fils émancipé, et après enquête pour celle faite par la mère, ou par un étranger qui instituait le pupille héritier (26). Le tuteur nommé par le père était cependant considéré comme tuteur testamentaire, et par suite dispensé de fournir caution (27). Magistrats chargés de nommer les tuteurs (28). Toute personne pouvait requérir la nomination d'un tuteur ; la mère du pupille et ses affranchis y étaient obligés (29).

SECTION II. — *Obligations et fonctions du tuteur.*

GÉNÉRALITÉS. — Le tuteur n'a aucun droit sur la personne du pupille, dont la garde est confiée à une personne désignée par le magistrat (30). Le droit de correction appartient aux *propinqui* (31). Les obligations du tuteur et ses fonctions, qui en découlent, sont donc restreintes aux biens du pupille. — (Renvoi plus bas pour le sens de la règle : *Tutor personæ datur*).

§ 1. — *Obligations du tuteur.* — Elles se résument en un mot : bien administrer (D., *De ad. et periculo tutorum,* 26, 7. — C., *eod.*, 5, 37). Conséquences. Il doit vendre les choses inutiles (32), recouvrer les créances du pupille (33), placer les sommes recouvrées (34), payer les dettes (35), faire accepter les successions avantageuses ou les libéralités, fournir les sommes nécessaires à l'entretien du pupille (36).

§ 2. — *Fonctions du tuteur.* — Pour accomplir ces obligations il faut qu'il agisse, soit en interposant son *auctoritas,* soit en *gérant* (37).

(25) G., I, § 182. — L. 11, § 4, D., *De test. tut.*, 26, 2. — J , § 1. — Note 12 *bis suprà* et J., I, 21, § 3. — (26) J., I, 13, § 5. — L. 1, § 2 ; L. 2, L. 4, D., *De confirmando tutore*, 26, 3. — (27) L. 3, D., *eod.* — (28) J., §§ 3, 4, 5. — L. 30, C., *De episcopali audientia*, I, 4. — (29) J., III, 5, § 6. — L. 2, pr., § 1, D., *Qui petant tutores*, 26, 6. — (30) N. 22, chap. 38. — J., I, 26, §§ 9 et 10. — D., *Ubi pupillus educari*, 27, 2, *passim*. — L. 4, 5, *eod.* — (31) L. *Unica*, C., *De emendatione propinquorum*, 9, 15. — (32) L. 5, § 2, D., h. t. — L. 22, pr., C., h. t. — (33) L. 15, L. 9, § 1 D., h. t. — (34) L. 5, pr. ; L. 7, §§ 3, 4, 7, 10, 11 ; L. 15, D., h. t. — L. 73, D., *De procuratoribus*, 3, 3. — Code civil, art. 453. — (35) L. 9, § 5, D., h. t. — (36) L. 12, § 3 ; L. 7, § 8, D., h. t. — L. 3, C., h. t. J., I, 26, § 9. — L. 6, D., *Ubi pupillus*, 27, 2. — (37) U., XI, § 25.

Digitized by Google

1° De *l'auctoritas* du tuteur (D., *De auctoritate tutorum*, 26, 8. — J., I, 21). L'*auctoritas* intervient *ad integrandam personam pupilli*. (Étymologie de ce mot : *auctor*, garant). Conséquences. — *a*) L'*auctoritas* devait être donnée au moment même de l'acte accompli par le pupille et au même lieu (38). — *b*) Le tuteur ne pouvait être *auctor in rem suam* (39). S'il plaidait contre son pupille, on nommait à celui-ci un *prætorius tutor*, plus tard un curateur (40). — *c*) L'*auctoritas* devait être pure et simple (41). Il est probable qu'anciennement une formule était nécessaire (42), ainsi que la présence du tiers qui contractait avec le pupille (43). La règle *tutor personæ datur* signifie que la fonction essentielle et *spéciale* du tuteur c'est de prester son *auctoritas* (44).

2° De la gestion du tuteur (D., *De administratione et periculo tutorum*, 26, 7. — C., *eod.* 5, 37).

Généralités. — Différences entre la *gestion* et l'*auctoritas*. Le tuteur en gérant agit seul et s'oblige personnellement, sans obliger le pupille qu'il ne peut représenter. S'il preste son *auctoritas* au contraire, il ne s'engage pas : (*Qui auctor est, se non obligat*). Inconvénients de la gestion ; conséquences : 1° autrefois les tuteurs n'étaient pas tenus de gérer, parce qu'ils n'avaient pas d'action contre leur pupille en paiement du reliquat qui pouvait leur être dû. Plus tard ils eurent l'action *tutelæ contraria* et furent dès lors forcés de gérer (45); 2° les tiers qui avaient traité avec le tuteur gérant n'avaient action que contre lui, et réciproquement le tuteur seul avait action contre eux, même après la fin de la tutelle. Plus tard on admit que ces actions passeraient activement et passivement au pupille à titre d'actions utiles (46).

Applications. — *A*) Actes dans lesquels le tuteur ne pouvait pas gérer, mais seulement prester son *auctoritas*,

(38) J., § 2. — L. 2, L. 3, 8, 9, § 6, D., h. t. — (39) G., I, § 184. — U., 11, § 24. — J., § 3. — L. 18, 22, D., h. t. — (40) J , § 3. — U., XXI, §§ 20 à 22. — G., I, §§ 176 et s. — (41) L 8, D., h. t. — (42) L. 3, D., h. t. — L. 1, §§ 2 et 3, D., *De tutelis*, 26, 1. — (43) L. 9, § 6, D., h. t. — (44) J., I, 14, § 4. — L. 14, D., *De test. tutel.*, 26, 2. — (45) Aulu-Gelle, V, 13. — L. 1, pr., D., *De cont. tut.*, 27, 4. — L. 1, pr., D., h. t. — L. 3, C., *De suspectis tut.*, V, 43. — (46) L. 2, 5, 7, 8, C., *Quando ex facto tutoris*, V, 39.

Digitized by Google

parce qu'ils exigent l'intervention personnelle de l'intéressé, (c'étaient les *actus legitimi*) : 1° *legis actiones* (47) ; 2° aliénation par *cession in jure*, par *mancipation ;* mais le tuteur pouvait aliéner et acquérir pour le pupille par tradition (48) ; 3° affranchissement ; 4° acceptilation (49). Le tuteur aurait-il pu faire seul un pacte *de non petendo* (50)? Il pouvait *novar* la créance (51) ; 5° adition d'hérédité (52) ; 6° répudiation d'hérédité (53).

B) Cas dans lesquels le tuteur ne pouvait pas prester son *auctoritas :* c'est lorsque le pupille est infans ou absent (54). — Comment alors s'y prenait-on pour que le pupille pût : 1° accepter une succession (55) ; 2° acquérir par mancipation (56) ; 3° s'obliger et devenir créancier (57) ?

C) Actes qui ne peuvent être faits ni par le pupille assisté ni par le tuteur (58) : 1° donation (59) ; 2° aliénation ou constitution de droits réels sans autorisation du magistrat pour les *prædia rustica vel suburbana* (60), plus tard pour tous les immeubles et les meubles précieux (61). Exceptions (62).

D) Actes que le tuteur peut faire ou non suivant qu'ils sont ou non avantageux au pupille : 1° transaction (63) ; 2° délation de serment (64) ; 3° acquiescement et désistement (65).

Lorsque le pupille autorisé ou le tuteur seul ont fait un acte qu'ils pouvaient faire, cet acte engage le pupille, (actions utiles dans le second cas) excepté : 1° (*jure civili*) dans le cas de dol du tuteur, dol qui ne doit ni nuire ni

(47) G., IV, § 82. — L. 123, pr., D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (48) L. 16, C., h. t. — L. 13, § 1, D., *De aq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 32, § 2, D., *De aq. pos.*, 41, 2. — (49) G., III, 169. — (50) L. 28, § 1, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 22, C., *De pactis*, 2, 3. — (51) L. 13, § 10, D., *De acceptilatione*, 46, 4. — (52) L. 18, C., *De jure delib.*, 6, 30. — (53) L. 4, L. 18, D., *De adq. vel. om. hered.*, 29, 2. — (54) L. 1, § 2, D., h. t. et note 38 *supra*. — (55) L. 9, D., *De adq. her.*, 29, 2. — L. 7, § 1, D., *De bon. pos.*, 37, 1. — L. 65, § 3, D., *ad Snc. Trebel.*, 36, 1. — (56) G., I, § 87. — (57) L. 2, pr. D., *quod jussu*, 15, 4. — L. 9, pr. D., h. t. — (58) J., III, 19, § 9. — G., III, § 107. — (59) L. 22, D., h. t. — L. 9, § 1, D., *De auctoritate*, etc., 26, 8. — (60) *Oratio Severi*. — L. 1, § 2, L. 3, § 5, L. 8, § 2, L. 5, §§ 14, 15, D., *De rebus eorum*, 27, 9. — (61) L. 22, C., h. t. — (62) L. 3, § 2, D., *De rebus eorum*, 27, 9. — L. 17, C., *De prædiis et aliis rebus*, 5, 71. — (63) L. 46, § 7, D., h. t. — (64) L. 35, pr. D., *De jurejur.*, 12, 2. — (65) L. 11, C., h. t. — L. 22, D., h. t.

Digitized by Google

profiter au pupille (66) et sauf: 2° (*jure prætorio*) la *restitutio in integrum* en cas de lésion (renvoi plus bas).

Section III. — *Responsabilité du tuteur et garanties destinées à assurer sa bonne administration.*

§ 1. — *Responsabilité du tuteur.* — Le tuteur est responsable de son dol, de sa faute lourde et en général de sa faute légère, mais dans ce dernier cas il peut s'excuser en prouvant qu'il a donné aux affaires du pupille autant de soin qu'il en donne à ses propres affaires (67).

§ 2. — *Garanties.* — *A*) Le tuteur doit déclarer s'il est créancier ou débiteur de son pupille (68). Sanction. — *B*). Faire un inventaire. Sanction (69). — *C*). Prêter serment de bien administrer (69 *bis*). — *D*). Promettre *rem pupilli salvam fore* et donner caution. Les tuteurs testamentaires et ceux nommés après enquête sont dispensés de la caution (70). Sanction de cette obligation, et responsabilité des magistrats (71). La caution s'engage envers le pupille, un de ses esclaves, un esclave public, ou même un magistrat. Dérogation à la règle qu'on ne peut stipuler pour autrui (72).

Section IV. — *Comment se répartissait l'administration lorsqu'il y avait plusieurs tuteurs?* — *A*). Il peut y avoir un tuteur *onéraire* et des tuteurs *honoraires*, responsables subsidiairement (73). Le tuteur onéraire donne seul une *auctoritas* valable, sauf en cas d'adition d'hérédité (74). — *B*) S'il y avait plusieurs tuteurs onéraires, ils devaient, avant Justinien, se réunir pour prester l'*auctoritas*, sauf pour les tuteurs testamentaires ou nommés après enquête (75). — *C*) Les tuteurs peuvent aussi se partager

(66) L. 4, § 23, D., *De doli mali except.*, 44, 4. — L. 13, § 7, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 3, D., *quando ex facto tutoris*, 26, 9. — (67) L. 10, § 12, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 32, D., *dep.*, 16, 3. — L. 10, L. 7, § 2, L. 13, § 1, L. 33, D., h. t. — L. 23, D., *De reg. jur.*, 50. 17. — *Lex Dei*, X, 2, § 3. — L. 2, L. 7, C., *arbitr. tutelæ*, 5, 51. — L. I., pr., D., *De tutel. et ration.*, 27, 3. — (68) N. 72. — (69) L. 24, C., h. t. — L. 7, pr., D., h. t. — L. 5, § 2, D., *De in lit. jur.*, 12, 3. — (69 *bis*) N. 72, cap. 2 et 8. — (70) J., I, 24. — L. 5, § 1, D., *De légit. tut.*, 26, 4. — (71) J., I, 24, §§ 3, 4. — L. 3, C., *De tutore vel curatore*, 5, 42. — (72) L. 1, §§ 15, 16, D., *De magistratibus conveniendis*, 28, 8. — L. 2, 3, 4, pr., L. 6, D., *Rem pup. salv. fore*, 46, 6. — L. 4, § 3, D., *De fidej. et nomin.*, 27, 7. — (73) L. 3, D., h. t. — (74) L. 4, D., *De auct. tutor.*, 26, 8. — L. 49, D., *De aq. her.*, 29, 2. — (75) U., XI. 26. — L. 5, D., *De auct. præst.*, 5, 59.

Digitized by Google

l'administration *per regiones* (76).— *D*) Lorsque les tuteurs sont dispensés de fournir caution, l'un d'eux peut, en offrant caution aux autres, se charger seul de l'administration (77).

Section V. — *Des diverses périodes de la pupillarité; de l'incapacité du pupille.* — (*Notions élémentaires*). — La capacité du pupille variait, suivant qu'il était *infans, infantiæ proximus*, ou *pubertati proximus* (78). Divers systèmes sur ces trois périodes (79). Le pupille *infans* ne pouvait faire aucun acte juridique. Le pupille *infantiæ proximus* pouvait, sans l'*auctoritas* du tuteur, rendre sa condition meilleure, c'est-à-dire acquérir ou devenir créancier par des actes exigeant seulement *aliquem intellectum;* il ne pouvait accepter une succession même avantageuse, parce que cet acte exige *animi judicium*, ni faire sa condition pire, c'est-à-dire aliéner ou devenir débiteur. — Le pupille *pubertati proximus* pouvait de plus devenir débiteur par un délit (80).

Section VI. — *Extinction de la tutelle* (81). — 1° Extinction absolue (*ex parte pupilli*); 2° extinction relative (*ex parte tutoris*). Des causes d'excuse ou de destitution des tuteurs. Renvoi au texte des Institutes (I, 25 et 26.)

II. — De la tutelle des femmes nubiles (82).

§ 1. — Époque de la loi des XII tables. — La tutelle des femmes était sérieuse et analogue à celle des impubères. Pourquoi les femmes étaient-elles en tutelle (83) ?

§ 2. — Époque de l'empire. — La tutelle des femmes n'est plus sérieuse, sauf celle exercée par les agnats (supprimée sous Claude) et par le patron (84). De là les différences entre la tutelle des femmes nubiles et celle des

(76) L. 2, C., *De dividenda tutela*, 5, 52. — (77) J., I, 24, § 1. — (78) J., I, 21, pr. ; III, 19, §§ 9 et 10. — (79) Théoph., III, 19, § 10. — L. 70, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 1, § 2, D., *De ad. et per.*, 26, 7. — (80) Voy. note 78 et J., II, 12, § 1 ; — IV, 1, § 18. L. 1, L. 5, pr., D., *De auctorit. tutor.*. 26, 8. — (81) J., I, 22. — U., 11, § 28. — G., I, § 194 à 197. — (82) G., I, §§ 144 et s. — (83) G., I, § 190. — U., XI, 1. — (84) Cic., *Pro Murena*, 12. — G., § 189, 190.

Digitized by Google

impubères. Différences : 1° quant aux tuteurs. *a*) Tutelle optive (85). *b*) Suppression de la tutelle des agnats (86). *c*) Tutelle cessive (87). *d*) Changement de tuteur par la *coemptio fiduciæ causa* (88) ; 2° quant aux fonctions de tuteur (89). Le tuteur n'administrait pas ; de là résulte que le tuteur n'a pas de garanties à fournir et qu'il n'existait pas d'actions de tutelle (90) ; 3° quant à la capacité de la femme. A la différence du pupille, elle pouvait aliéner une chose *nec mancipi*, recevoir un paiement, plaider dans un *judicium imperio continens*. Énumération des actes qui exigent l'*auctoritas* (91). D'ailleurs, le préteur pouvait forcer le tuteur, (sauf le tuteur légitime), à prester son *auctoritas* (92) ; 4° quant à l'extinction de la tutelle. Celle de la femme ne s'éteignait que lorsqu'elle devenait vestale, ou avait un certain nombre d'enfants (93).

§ 3. — Sous le Bas-Empire, la tutelle des femmes disparait (94).

III. — Actions en matière de tutelle. (Renvoi à la curatelle).

CHAPITRE II

DES PERSONNES EN CURATELLE (J., I, 23).

Généralités. — Le curateur est nommé pour veiller à la conservation des biens d'un incapable, et non pour compléter sa personne.

Section I. — *Des personnes en curatelle et de leur capacité.* — Sont en curatelle : 1° les prodigues ; 2° les fous ; 3° les adolescents ; 4° les pupilles dans certains cas.

§ 1. — Curatelle des prodigues (D., *De curat. furioso*, 27, 10. — C., *eod.*, 5, 70) (1). Le prodigue était interdit (2).

(85) G., I, §§ 150 à 154. — (86) G., I, § 157, 171. — U., 11, §§ 8. — L. 3, C., *De legit. tut*, 5, 30. (87) G., I, §§ 168 à 172. — U., 11, § 8. — (88) G., I, § 115. — (89) G., I, § 196. — U., 11, § 25. — (90) G., I, §§ 190, 191. — U., 11, § 25. — (91) G., III, § 108 ; II, § 85, § 118. — U., XI, §§ 20, 22, 27. — (92) G., I, §§ 190, 192. — (93) G., I, §§ 144, 145, 194. — (94) L. 2, § 1, C., *De his qui veniam*, II, 45.

(1) J., § 3. — (2) P., III, 4, §§ 6, 7. — L. 15, D., h. t.

Digitized by Google

Cette curatelle vient de la loi des XII tables (3). Cette loi ne mettait en curatelle que ceux qui avaient reçu les biens de leur père *ab intestat* (curatelle légitime des agnats ou des gentils), mais le préteur nomma des curateurs à tous les prodigues (curatelle dative) (4). Le prodigue pouvait toujours faire sa condition meilleure et pouvait la faire pire par un délit ; autrement son incapacité était absolue (5).

§ 2. — Curatelle des fous. — La loi des XII tables ne donnait un curateur qu'aux *furiosi;* plus tard le préteur en donna aussi *mente captis, surdis, mutis, et eis qui perpetuo morbo laborant* (6). Ces personnes étaient soumises aux mêmes curatelles que les prodigues, mais elles n'étaient pas interdites. — Le fou est absolument incapable de tout acte juridique, mais il retrouve sa pleine capacité dans les intervalles lucides (7).

§ 3. — Curatelle des adolescents (8). — L'adolescent est l'individu pubère, *sui juris,* âgé de moins de vingt-cinq ans. — Les femmes adolescentes avaient aussi un curateur (9).

I. Historique. — Comment s'organisa cette curatelle ? Diverses phases de la législation romaine. 1° En vertu d'une loi Plætoria (VI° siècle), ceux qui abusaient frauduleusement de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans (*circumscribere minorem*), étaient punis d'une amende et notés d'infamie (10) ; peut-être même le mineur pouvait-il dans ce cas invoquer une exception (11). La loi, pour éviter le soupçon de fraude, permettait au mineur de se faire donner un curateur spécial (*redditis causis*) (12). 2° Constitution de Marc-Aurèle qui permet de nommer aux adolescents un curateur général (*non redditis causis* (12 *bis*).

(3) J., § 3. — L. 1, D., h. t. — (4) U., XII, § 3 — Cicér., *De invent.*, 50 ; *De rhetorica,* 13. — Théoph., § 3. — L. 7, § 6, C., h. t. — (5) L. 6, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 3, D., *De novat.*, 46, 2. — (6) J., § 4. — Cicér., *De invent.*, II, 50. — (7) J., III, 19, § 8. — L. 1, § 12, D., *De oblig. et act.*, 44, 7. — J., II, 12, § 1. — L. 2. C., *De cont. empt.*, IV, 38. — L. 6, C., h. t. — (8) J., pr. — (9) J., pr. — L. 43, § 1, D., *De ad. et per. tut.*, 26, 7. — V., § 110. — (10) *Lex Julia municipalis,* (table d'Héraclée). — Plaute, *Pseudolus,* I, 3, vers 84. — Cic., *De nat.* D., 3, 30 ; — *De officiis*, III, 15. — (11) L. 7, § 1, D., *De except.*, 44, 1. — (12) *Capitolinus*, vie de Marc-Aurele, 10. — (12 *bis*) Capitolinus, *eod.*

Digitized by Google

II. — Comment était nommé le curateur? Les adolescents ne pouvaient être soumis qu'à la curatelle dative. Tantôt le magistrat nommait librement le curateur, tantôt il confirmait, après enquête, une nomination testamentaire (12 *ter*). L'adolescent seul pouvait en principe provoquer la nomination d'un curateur, sauf trois exceptions: 1° procès fait à l'adolescent; 2° reddition de comptes de tutelle; 3° paiement par un débiteur de l'adolescent (12 *quater*).

III. — Capacité de l'adolescent.

1° *Jure civili*. Il est pleinement capable, même sans le *consensus* de son curateur;

2° *Jure prætorio*. Il jouit du bénéfice de la *restitutio in integrum*.

De la restitutio in integrum des mineurs. (D., *De minoribus* XXV *annis*, 4, 4).

A) A qui est-elle accordée? — En dehors de son application aux majeurs dans des cas exceptionnels, elle est accordée à tout mineur (adolescent ou pupille, même au fils de famille) (13).

B) Contre quels actes? Contre tous actes faits par leurs tuteurs ou curateurs, ou par eux-mêmes, seuls ou assistés (14), à deux conditions: *a*) avoir été *lésés* par un acte juridique; *b*) n'avoir aucun autre moyen équivalent pour réparer la lésion.

a) Avoir été lésés. De la lésion. — Elle consiste dans un préjudice subi, un gain manqué, ou même un intérêt moral méconnu, pourvu qu'il y ait en outre perte d'un droit né et actuel, déjà entré dans le patrimoine du mineur, ou qu'il ne dépendait que de lui d'y faire entrer (15).

b) N'avoir aucun autre moyen équivalent. Donc les mineurs ne peuvent obtenir la restitution: 1° lorsque l'acte est nul *jure civili*: exemple; (16); 2° Lorsqu'il

(12 *ter*) J., I, 23, § 1. — (12 *quater*) J., I, 23, § 2. — L. 1, C., *Qui petunt tut.*, 5, 31. — L. 7, C., *eod.* — L. 5, § 5. D., *De ad. et per.*, 26, 7. — L. 7, § 2, D., *De minor.*, IV, 4. — (13) L. 3, § 4 D., h. t. — (14) L. 27, pr.: L. 47; L. 1, § 1, D., h. t. — L. 2 et 3, C., *Si tutor vel curator*, 2, 25. — (15) L. 3, § 8; L. 7, §§ 6, 8, 9, 11; L. 35, 36, 44, D., h. t. — L 16, pr., L. 49, D., h. t. — L. 3, C., *De tut. vel cur.*, 5, 42. — (16) L. 16, pr. 1, h. 49, D., h. t. — L. 3, C., *de tut. vel cur.*, 5, 42.

Digitized by Google

s'agit de courtes prescriptions qui ne courent pas contre les mineurs (17). Exceptions : le mineur victime d'un dol doit plutôt avoir recours à la restitution qu'à l'action de dol qui est infamante ; victime d'une violence, il a le choix entre l'action *quod metus causa* et la restitution (18). *Quid* s'il peut se faire indemniser en recourant contre son tuteur solvable ? Controverses (19).

C) Des cas où le mineur n'est pas restitué : 1° lésion légère (*de minimis non curat prætor*) (20) ; 2° lésion par cas fortuit (21) ; 3° lésion par son dol ou son délit (21 *bis*) ; 4° déclaration frauduleuse de majorité (22) ; 5° ratification en majorité (23) ; 6° obtention de la *venia ætatis* (24). Effets de cette institution (25).

D) Délais de la restitution. — Elle peut être demandée jusqu'à l'expiration d'une année utile (sous Justinien de quatre années continues), à partir de la majorité (26).

E) Effets de la restitution. — Les choses sont remises dans l'état où elles étaient avant l'acte rescindé. Le mineur ne doit rendre que ce dont il se trouve enrichi par cet acte au jour de la demande (27). Contre un autre mineur, la restitution ne procède que dans la mesure où ce dernier se trouve enrichi au jour de la demande (28).

3° Capacité des adolescents dans le dernier état du droit. — L'adolescent, pourvu d'un curateur, devient incapable, même *jure civili*, de faire sa condition pire autrement que par un délit (29).

§ 4. — Curatelle des pupilles. — En cas d'infidélité ou d'incapacité du tuteur légitime, d'incapacité du tuteur testa-

(17) L. 5, C., *In quib. caus. restit.*, 2, 41. — (18) L. 7, § 1, D., *De in int.*, 4, 1. — L. 38, D., *De dolo malo*, 4, 3. — L. 21, § 6, D., *Quod metus causa*, 4, 2. — (19) L. 13, § 11, C. *De judiciis*, 3, 1. — L. 25, D., *De ad. tut.*, 26, 7. — L. 3 et 5, C., *Si tutor vel cur.*, 2, 25. — (20) L. 24, § 1, D., h. t. — L. 4, D., *De in int.*, 4, 1. — (21) L. 11, § 3, D., h. t. — (21 *bis*) L. 9, § 2, L. 37, § 1, D., h. t. — L. 11, § 5, L. 24, § 1 et 2, D., h. t. — (22) L. 32, L. 43, D., h. t. — L. 7, C., *De in int.* 2, 22. — L. 2, 3, C., *Si minor majorem se dixerit*, 2, 43. — (23) P., I, 9, § 3. — C., *si major factus*, 2, 46. — (24) L. 1, C., *De his qui veniam*, 2, 45. — (25) L. 1, L. 3, C., *eod.* — L. 3, pr. C., *De temp. in int. rest.*, 2, 53. — L. 3, C., *Si major factus*, 2, 46. — (26) L. 5, § 1, C., *De in int. rest. min.*, 2, 22. — L. 7, C., *de temp. in int. rest.*, 2, 53. — (27) L. 7, § 5, L. 27, § 1, D., h. t. — (28) L. 11, § 6, L. 34, D., h. t. — (29) L. 3, C., *De in int. rest.*, 2, 22. — L. 101, D., *de V. O.*, 45, 1.

Digitized by Google

mentaire, d'excuse temporaire, d'appel du tuteur contre une sentence qui rejette son excuse, d'opposition d'intérêt entre le tuteur et le pupille, il y a lieu de nommer un curateur (30). Le tuteur qui est empêché de gérer peut faire nommer un *adjutor tutelæ* (dont il est responsable), si le pupille *infans* ne peut, avec son *auctoritas,* constituer un mandataire (31).

SECTION II. — *Fonctions et obligations du curateur.*

GÉNÉRALITÉS. — Le curateur du fou devait veiller à ce que ses revenus fussent appliqués à sa guérison (32) ; autrement les fonctions du curateur n'avaient pour objet que les biens.

§ 1. — Curateur de l'adolescent.

Il pouvait *gérer,* ou donner son *consensus* aux actes de l'adolescent.

A) Du *consensus* du curateur. — Il diffère de *l'auctoritas* du tuteur en ce qu'il n'est pas donné *ad integrandam personam.* Donc il peut intervenir avant ou après l'acte, être donné par lettre (33).

B) De la *gestion.* — Le curateur gérant a les mêmes pouvoirs que le tuteur. — Il ne représente pas la personne de l'incapable. Cette règle reçut les mêmes dérogations qu'en matière de tutelle (34). *Quid* du curateur légitime du *furiosus* (35) ?

§ 2. — Autres curateurs. — Ils ne pouvaient que gérer.

§ 3. — Autres curatelles. — Curateur au ventre. — Curateur des biens d'un captif, d'un absent, d'un insolvable, d'une hérédité jacente, etc. (36).

§ 4. — Le curateur a les mêmes obligations que le tuteur quant à la responsabilité de sa gestion et quant aux garanties destinées à assurer sa bonne administration (37).

SECTION III. — *Extinction de la curatelle.*

(30) J., I, 23, §§ 5 et 6. — L. 19, D., *De auctor. et consensu tut.*, 26, 8. — L. 17, § 1, D., *De appell*, 49, 1. — J., I, 21, § 3. — (31) J., I, 23, § 6. — (32) L. 7, pr. D., *De cur. furioso*, 27, 10. — (33) J., I, 11, § 4. — 21, §§ 2, 3. — 23, § 2. — (34) Voy. *suprà* note 46. — (35) G., II, § 64. — L. 7, § 3, C., *De curat. fur.*, 5, 70. — (36) D., *De ventre in pos. mittendo*, 37, 9. — L. 5, §§ 2, 5, D., *De Carbon. edicto*, 37, 10. — L. 22, § 1, D., *De rebus auctoritate judicis pos.*, 42, 5. — L. 8, 9, D., *Quib ex causis in pos.*, 42, 4. — D., *De curat bonis dando*, 42, 7. — (37) Voyez *Personnes en tutelle*, section III *suprà*

Digitized by Google

Elle s'éteint, comme la tutelle, d'une manière absolue, dans la personne de l'incapable, par sa mort ou sa *capitis diminutio;* elle s'éteint d'une manière relative dans la personne du curateur (38).

SECTION IV. — *Des actions en matière de tutelle et de curatelle.*

§ 1. — Actions propres à la tutelle. — 1° Action civile *tutelæ directa* (39), appartenant au pupille et garantie par un privilège, puis par une hypothèque tacite (40). — 2° Action prétorienne *tutelæ contraria,* appartenant au tuteur (41). — 3° Action *de rationibus distrahendis,* au double, donnée au pupille en cas de détournements (42). — Ces actions ne s'exercent qu'à la fin de la tutelle.

§ 2. — Actions de la curatelle. Il n'y en avait point de spéciales; on donnait à l'incapable l'action *negotiorum gestorum directa* munie des mêmes garanties que l'action *tutelæ directa,* et l'action *negotiorum gestorum contraria* au curateur (43). Ces actions peuvent être exercées même pendant la curatelle dans le cas du fou (44).

§ 3. — Actions communes à la tutelle et à la curatelle. — 1° Action *ex stipulatu* contre les cautions (45). — 2° Action subsidiaire contre les magistrats qui n'ont pas exigé de cautions, ou en ont reçu d'insolvables (46). — 3° Action pour faire déclarer l'excuse (47). — 4° Action populaire pour faire déclarer le tuteur suspect (48).

APPENDICE A LA PREMIÈRE PARTIE

DES PERSONNES MORALES. (D., *Quod cujusque universitatis,* 3, 4).

GÉNÉRALITÉS. — A Rome une personne morale ne pouvait

(38) J., I. 25, 26. — V., §§ 123 et s. — (39) D., *De tutelæ et rationibus dist.,* 27, 3. — (40) L. 22, L. 25, D., *eod.* — L. 20, C., *De ad. et per.,* 5, 37. — (41) D., *De cont. tutelæ,* 27, 4. — J., I, 20, § 3. — (42) D., *de tut. et ration.,* 27, 3. — (43) L. 25, D., *eod.* — L. 15, § 1, D., *de curat. fur.,* 27, 10. — L. 20, C., *De ad. tut.,* 5, 37. — (44) L. 4, § 3, D., *De tut. et rat.,* 27, 3. — (45) L. 16, § 1, D., *eod.* — L. 5, D., *De fidej. et nom.,* 27, 7. — L. 4, §§ 4, 7, D., *Rem pup.,* 46, 6. — L. 16, § 1, D., *De tut. et rat.,* 27, 3. — (46) J., I. 24, § 2, § 4. — L. 4, 5, C., *De magist. conveniendis,* 5, 75. — (47) J., I, 24, § 2; — I, 25, § 16. — (48) J., I, 26, § 3.

Digitized by Google

en principe être constituée qu'en vertu d'un acte législatif(1).

Différences entre les personnes morales et les personnes physiques (2).

§ 1. — Division des personnes morales. — 1° *Universitates :* cités, collèges de prêtres, corporations d'artisans, sociétés de publicains, etc. (3). — 2° Fondations (*piæ causæ,* idée personnifiée) : certains dieux, certains temples, établissements de bienfaisance, églises, monastères (4). — 3° L'empereur, ou la dignité impériale, personne morale (5). 4° L'hérédité jacente (6) (renvoi).

§ 2. — Spécialités sur les *universitates.* Elles supposent au moins trois personnes (7). Les droits de l'*universitas* sont distincts de ceux de ses membres. Conséquences (8). Différence entre l'*universitas* et la société, qui n'est pas une personne morale et qui se dissout bien plus facilement (9).

§ 3. — Spécialités sur les fondations (*piæ causæ*). Les personnes qui les administrent ne constituent pas une *universitas,* elles ne sont que les fonctionnaires de la personne morale. Exemples de *piæ causæ. Tabula alimentaria Trajani* (10). Multiplication des établissements de bienfaisance sous l'influence du christianisme (11).

§ 4. — Résumé du droit des personnes.

La division de Gaius et de Justinien est une division des hommes et non des *personæ,* puisque, d'une part, ils traitent des esclaves qui ne sont pas des personnes en droit positif, et que, d'autre part, ils omettent les personnes morales (12). Résumé des divisions déjà étudiées des personnes physiques. — Autres divisions des personnes : 1° suivant leur sexe : différences juridiques entre les

(1) L. 1, pr., D., h. t. — L. 3, § 1, D., *De collegiis,* 47, 22. (2) L. 1, D., *De manumis. quæ servis,* 40, 3. — L. 8, C., *De hered. inst,* 6,24. — L. 1, § 1, D., h. t. — (3) D., *De collegiis,* etc. 47, 22. — Cod. Th. *eod.,* 14, 15. — Serrigny, *Droit public romain,* t. II, nos 99, 1074, 1126. — Orelli, nos 2417, 4101, 4420, 6087. — (4) U., 22, § 6. — L. 1, D., *De an nuis leg.,* 33, 1. — N. 67 et 141, cap. 7 et 1. — (5) L. 56, D., *De legatis* 2°, 31. — (6) J., III, 17, pr. — (7) L. 85, D., *De V. sign.,* 50, 16. — (8) L. 7, §§ 1 et 2, D., h. t. — L. 10, § 4, D., *De in jus vocando,* 2, 4. — (9) L. 7, § 2, D., h. t. — Savigny, *syst.,* II, § 89. — (10) Giraud Enchyr. — (11) L. 26, C., *De sacrosanctis ecclesiis,* 1, 2. — N. 131, cap. 9. — Serrigny, t. I, nos 496-504; t. II, nos 998-1002. — (12) G., I, § 9, §§ 120-121. — J., I, 3, pr. — L. 32, D., *De reg. jur.,* 50, 17. — Theoph., II, 14, § 2; III, 17, pr. — Novel. Théod , 24, § 2.

Digitized by Google

hommes et les femmes. La femme est dans une situation inférieure, mais elle jouit d'une protection ou d'une indulgence plus grande (13); 2° suivant leur religion, les chrétiens orthodoxes, sous le Bas-Empire, jouissent seuls de la plénitude des droits civils ; 3° suivant leurs professions. Professions privilégiées, professions honteuses.

Les personnes peuvent être non seulement les sujets mais les objets des droits (puissance paternelle, *manus*, mariages : = droits personnels).

DEUXIÈME PARTIE

DROITS DU PATRIMOINE

INTRODUCTION

Généralités. — Les droits du patrimoine sont ceux qui constituent la richesse. Gaius et Justinien en traitent sous le nom de choses (*res*), et désignent par là tantôt les *droits* qu'ils divisent suivant leur nature, et tantôt les *objets* matériels qu'ils divisent suivant qu'ils sont ou non susceptibles de propriété.

Expressions employées par les Romains pour désigner les droits du patrimoine : 1° *bona ;* 2° *familia* (quatre acceptions) (2) ; 3° *patrimonium* (deux acceptions). Expressions désignant les objets matériels : 1° *res ;* 2° *pecunia* (3).

§ 1. — *Divisions des droits du patrimoine.*

Première division. — Droits réels, droits de créance.

Le droit réel est la faculté légale de retirer d'une chose tout ou partie de son utilité ; le droit de créance est la

(13) L. 1, § 5, D., *De postulando*, 3, 1. — L. 20, § 6, D., *Qui test.fac.*, 28, 1. — L. 8, L. 1, D., *De accusatoribus*, 48, 2. — N. 134, cap. 9. — D., *Ad Snc. Vellej.*, 16, 1. — L. 8, L. 9, D., *De juris et facti ignor.*, 22, 6, etc.

(1) L. 268, D., *De verb. sign.*, 50, 16. - - (2) L. 195, §§ 1-5, *eod.* — (3) L. 5 pr., D., *eod.*

Digitized by Google

faculté légale d'exiger d'une personne déterminée une prestation, c'est-à-dire un fait ou une abstention pécuniairement appréciable.

Criterium. — Le droit réel a pour objet une chose matérielle, et pour sujet passif le reste des hommes, qui sont tenus de ne pas gêner le titulaire de ce droit dans la jouissance de cette chose. Le droit de créance a pour sujet passif une personne déterminée et pour objet un fait ou une abstention de cette personne. — Autres *criteria.* Critique.

Ces deux espèces de droit diffèrent : 1° quant à leurs modes d'acquisition ; 2° quant à leurs modes d'extinction (renvoi) ; 3° quant à leurs effets : — *a*) Droit réel. Le titulaire d'un droit réel peut contraindre toute personne entre les mains de laquelle se trouve la chose, à le laisser exercer son droit sur cette chose (droit de *suite*). Exemples : usufruit, hypothèque. — Il peut encore exercer son droit sur la chose préférablement à tous ceux qui auraient acquis après lui des droits réels sur cette chose, et préférablement aux créanciers, même antérieurs, du propriétaire de cette chose (droit de *préférence*). — *b*) Droit de créance : lorsqu'au contraire on est *créancier* d'une personne, à l'effet d'exiger d'elle qu'elle vous procure une chose, on ne peut s'adresser qu'à cette personne ; et si, ayant plusieurs créanciers, elle ne peut les satisfaire tous, chacun d'eux ne reçoit qu'une indemnité proportionnelle à la valeur de sa créance. — Ainsi le droit de créance ne comporte ni *suite* ni *préférence* ; le créancier est exposé à ce que son débiteur aliène ses biens, et à ce qu'il contracte d'autres dettes.

Expressions employées. Droit réel : *jus in re.* — Droit de créance : *jus ad rem* (4), créance, dette, obligation.

2° DIVISION (des droits du patrimoine). — Choses corporelles, choses incorporelles (J., II, 1).

Cette division est inexacte ; car, d'une part, les choses corporelles sont les objets matériels, plus le droit de propriété ainsi confondu avec son objet ; et d'autre part tous les autres droits sont appelés abusivement choses incorporelles. Donc

(1) Corp. Jur. canon., Can. 8, Sexte, *De concessione præbenda.*

Digitized by Google

c'est plutôt une division des droits que des choses (5). Explication de la confusion commise par les Romains. Ses conséquences.

§ 2. — *Divisions des choses.*

PREMIÈRE DIVISION. — Choses qui ne peuvent appartenir à aucun particulier, choses qui peuvent appartenir à quelqu'un (J., II, 1. — D., *De divisione rerum*, 1, 8).

REMARQUES : 1° Justinien se demande quelles choses sont dans notre patrimoine, c'est-à-dire peuvent être l'objet du droit de propriété au profit des particuliers, et quelles choses sont hors de notre patrimoine (6). 2° Gaius présentait aussi cette division, mais il en ajoutait une autre : *res divini juris, res humani juris,* division qui avait peut-être autrefois de l'intérêt au point de vue de la compétence pontificale (7). Gaius subdivisait ensuite les *res humani juris* en : *res publicæ*, c'est-à-dire appartenant à une *universitas*, et *res privatæ* (8) appartenant à des particuliers. 3° Division de Marcien (9) : choses communes à tous ; choses appartenant à une *universitas;* choses ne pouvant appartenir à personne ; choses appartenant aux particuliers. — Justinien adopte en principe la division de Marcien, mais comme il a déjà adopté la première division de Gaius et qu'il veut faire de l'éclectisme, il en résulte beaucoup de confusion.

DIVISION ADOPTÉE

A) Choses qui ne peuvent appartenir à personne (*res nullius* dans ce sens).

1° *Res nullius divini juris* (10) :

a) *Res sacræ* : édifices et objets consacrés au culte (11). *b*) *Res religiosæ* : choses consacrées aux morts (12). *c*) *Res*

(5) J., pr., §§ 1, 2, 3. — Code civil, art. 1607, et rubrique, Livre 3, tit. 7, chap. 8. — (6) J., pr. — G., §§ 3 et s. — (7) Arg. L. 8, pr., D., *De relig.*, 11, 7. — L. 5, § 1, D., *De mortuo inferendo*, 11, 8. — (8) G., II, §§ 10, 11. — (9) L. 2, pr., § 1. — L. 4, pr., § 1 ; — L. 6, pr., §§ 1 à 5.; — L. 7, 8, pr., §§ 1, 2, D., h. t. — (10) J., § 7. — (11) G , II, §§ 4, 5. — J., § 8. — L. 21, C., *De sacrosanct. ecclesiis*, 1, 2. — N. 1-0, cap. 1. — (12) G., II, §§ 3, 4. — J., § 9. — Apulée, *de Deo Socratis*. — Saint August., *De civitate Dei*, 9, 11. — Festus V° *Manes*. — Cicér., *De legibus* II, 22. — L. 4, D., *De sepul. viol.*, 47, 12. — L. 42, D., *De religiosis* 11, 7. — L. 6, § 5, L. 7, D., h. t.

Digitized by Google

sanctæ, choses *sanctionnées :* murs, portes des villes, etc. (13).

2° *Res nullius humani juris* (14).

a) *Res communes,* dont l'usage est commun à tous les hommes (15) : l'air, l'eau courante, la mer. *Quid* des rivages de la mer (16) ? *b*) *Res publicæ,* communes à tout un peuple ; fleuves, rives des fleuves, ports, etc. (17). Les rivages de la mer sont plutôt choses publiques que choses communes (18). *c*) *Res universitatis,* choses à l'usage commun des membres d'une cité ou d'une corporation (19). Il ne faut pas confondre les *res publicæ* et les *res universitatis* avec les biens du *domaine privé* du peuple, des cités, etc. Intérêt de cette division. Toutes ces choses étant hors du commerce ne peuvent être l'objet ni d'un droit réel, ni d'un droit de créance ; elles ne peuvent non plus être possédées (20) ; elles sont imprescriptibles.

B) Choses qui peuvent appartenir à quelqu'un.

Elles se subdivisent en : 1° choses qui en fait n'appartiennent à personne : *res nullius* en ce sens ; 2° choses qui appartiennent à des particuliers ou au domaine privé d'une personne morale.

2° DIVISION DES CHOSES. — Choses *mancipi* choses *nec mancipi.* — Les jurisconsultes romains se bornent à énumérer les choses *mancipi,* savoir : 1° les fonds italiques ; 2° les servitudes rurales sur ces fonds ; 3° les esclaves ; 4° *animalia quæ collo dorsove domantur* (21). Origine de cette division. Divers systèmes (22). Parmi les choses *nec mancipi* il faut noter les fonds provinciaux sur lesquels les particuliers ne peuvent avoir aucun droit réel *civil,* parce que ces fonds appartiennent au peuple ou à César. (Fonds stipendiaires ou tributaires) (23). Intérêt de la distinc-

(13) G., II, § 8. — J., § 10. — L. 239, § 6, D., *De V. sign.*, 50, 16. — Varron, *De lingua latina,* V, 143. — Tit. Liv., I, 44 et V, 52. — L. 8. §§ 1 et 2 ; L. 11, D., h. t. — (14) G., II, § 2, § 10. — L. 1, D., h. t. — (15) J., § 1. — (16) J., §§ 3, 5. — L. 96, pr., D., *De V. sign.*. 50, 16. — Cicér., *Top.* 7. — (17) J., §§ 2, 4. — L. 24, pr., D. *De damno infecto,* 39, 2. — L. 1, §§ 1 à 5, D., *de flumin.*, 43, 12. — L. 3, § 1, D., *eod.* — L. 2, §§ 22, 23, D., *Ne quid in loco pub.*, 43, 8. — (18) L. 3, L. 4, D., *eodem.* — L. 14, § 1 ; — L. 50, D., *de aq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 6, pr., D., h. t. — (19) J., § 6. — (20) J., II, 20, § 4 ; — III, 19, § 2 ; — III, 23, § 5. — L. 30, § 1, D., *de aq. pos.*, 41, 2. — (21) G., II, §§ 15, 16. — U., 19, § 1. — (22) G., I, 192. — (23) G., II, 21.

Digitized by Google

tion des choses *mancipi* et *nec* : 1° les choses *mancipi* seules peuvent être acquises par mancipation ; 2° la *tradition* ne peut en faire acquérir la propriété *quiritaire* ; 3° la femme en tutelle ne peut les aliéner sans l'*auctoritas* de son tuteur (25).

Abolition de cette distinction par Justinien (26).

3e DIVISION. — Choses mobilières, choses immobilières. — Les choses mobilières sont celles qui peuvent se déplacer ou être déplacées (*res mobiles* ou *moventes*). Les choses immobilières ne sont pas susceptibles de déplacement (*res soli, prædia, fundi*). Sens des mots *ædes, villa, area, ager, insula* (27). Intérêts de cette division au point de vue de l'usucapion, des interdits possessoires, des servitudes réelles, de l'emphytéose, de la dot, du vol, de l'action *ad exhibendum*, etc.

4e DIVISION. — Choses qui se consomment par le premier usage, choses qui ne se consomment pas par le premier usage. — Les premières sont celles dont on ne peut faire usage sans les détruire, les secondes sont celles dont on peut faire un usage répété. — Expressions employées par les jurisconsultes romains : *res quæ usu consumuntur* ou *quæ in abusu consistunt*. Intérêts de cette distinction, notamment : les choses qui se consomment par le premier usage ne sont pas susceptibles d'un véritable usufruit. Ne pas confondre cette division, qui résulte de la nature même des choses, avec la suivante qui dépend de la volonté de l'homme.

5e DIVISION. — Choses fongibles, choses non fongibles. — Les choses sont fongibles, lorsque dans les actes juridiques on les désigne seulement par le genre auquel elles appartiennent (*genus*, un genre) ; elles ne sont pas fongibles lorsqu'elles sont considérées dans leur individualité (*species*, un corps certain). Toute espèce de chose peut donc être chose fongible ou corps certain, suivant l'intention des parties. Intérêt de cette division. — Remarque : un droit réel ne peut être établi que sur un corps certain.

(24) G., II, §§ 18, 19, 20, 22. — (25) G., II, § 47, et I, § 192. — U., XI, § 27. — (26) C., *De usucap. transform.*, 7, 51. — (27) L. 93 et 211, D., *De verb. sign.*, 50, 16.

Digitized by Google

6° DIVISION. Choses divisibles, choses indivisibles. — Les choses divisibles sont seules susceptibles d'un partage en nature. Cette distinction s'applique par extension aux *droits* qui, suivant leur objet, sont divisibles ou indivisibles (28). Droits indivisibles : la liberté, les servitudes réelles, l'hypothèque, les créances ayant pour objet une prestation qui ne peut être accomplie partiellement.

APPENDICE. — Sens des mots : 1° *universitas rerum* ; ex. : un troupeau (29) ; 2° *universitas juris* ; ex. : une hérédité, un pécule ; 3° choses principales, choses accessoires (*causæ* ou *accessiones*) ; ex. : *fructus pendentes*.

LIVRE I

DES DROITS RÉELS.

GÉNÉRALITÉS. — Les droits réels sont principaux ou accessoires ; ces derniers, qui supposent un droit de créance dont ils sont la garantie, ne peuvent être utilement étudiés qu'après les droits de créance.

TITRE I

De la propriété

GÉNÉRALITÉS.

§ 1. — La propriété (*dominium* ou *proprietas*) est : *jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*. Examen des éléments de la propriété. Restrictions au *jus abutendi* (1).

§ 2. — Divisions de la propriété. — 1° Propriété civile,

(28) L. 30, D., *De lib. causa*, 40, 12. — (29) L. 31, D., *quib. mod. usuf.*, 7, 4. — L. 30, § 2, D., *De usurp.* 41, 3.

(1) J., I, 8, § 2. — G., I, 53. — L. 13, D., *fin reg.*, 10, 1. — L. 50 et 53, C. Th. *De operib. publicis*, 15, 1.

Digitized by Google

propriété prétorienne (2), propriété provinciale (3). Quelle était la nature de cette propriété? Controverses. Sous Justinien ces distinctions sont abolies (4).

2° Propriété ordinaire, copropriété.

3° Propriété pleine, propriété démembrée.

§ 3. — Notions élémentaires sur l'origine et l'histoire de la propriété individuelle, particulièrement à Rome.

Le fondement originaire de la propriété individuelle n'est pas l'occupation. La propriété individuelle immobilière découle de la propriété collective de la nation, propriété acquise elle-même par l'occupation ou par la guerre. Preuves tirées de l'ancien droit germanique, slave, hindou, hébreu et romain.

La propriété individuelle dérivant d'une concession de la nation ne pouvait donc être transmise qu'avec son consentement (5). Application de ce principe au droit romain : *mancipatio* (6), *cessio in jure, usucapio.*

Premiers partages de terres entre les Romains (7). La propriété individuelle ainsi créée fut mise sous la sauvegarde de la religion. — Cérémonies du bornage. *Agrimensores; agri limitati.* Peines contre ceux qui déplaçaient les bornes (8).

De nos jours la base de la propriété individuelle est le travail ; le sol lui-même, *dans son état actuel,* est un produit du travail. La propriété collective et la propriété individuelle répondent à deux états successifs de civilisation.

CHAPITRE I

DE L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ (J., II, 1. — D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1).

GÉNÉRALITÉS. — Divisions des modes d'acquérir la propriété.

(2) G., II, 40 et I, 54. — (3) G., II, § 7, § 21. — (4) J., II, 1, § 40. — C., *De nudo jure Quir toll.*, 7, 25. — (5) César, *De bello Gallico*, IV, 1 et VI, 21, 22. — Tacite, *Germania*, 26. — Loi Ripuaire, 59, § 1. — Miroir de Saxe, I, 52, 34. — (6) Festus V° Classici. — (7) Varron, *De ling. lat.*, V. 55 ; — *De re rustica* I, 10. — Denys d'Hal., II, 7. — Cicer., *De Rep.*, II, 12. — Plut. *Numa*, 16. — (8) Festus, V° *Termino*. — L. 2 et 3, D., *De termino moto*, 47, 21. — P., V, 22, § 2, etc.

Digitized by Google

1° Modes du droit naturel (ou du droit des gens) ; modes du droit civil (9). Intérêt de cette distinction. La propriété ne peut être acquise par un pérégrin, ni par l'intermédiaire d'autrui, si ce n'est par les modes du droit des gens.

2° Modes d'acquisition à titre particulier, modes à titre universel : l'acquéreur à titre universel doit payer les dettes (10) ; *(bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno)*.

3° Mode originaire, modes dérivés. — Critique des idées exprimées dans J., II, 1, § 11.

SECTION I. — *Des modes* (dérivés) *particuliers d'acquérir la propriété.*

GÉNÉRALITÉS. — Sens des mots *dare, alienare, adquirere, accipere.* — Distinction de l'acquisition et de sa juste cause. — *En droit romain les conventions ne transfèrent ni la propriété, ni, en principe, aucun droit réel* (11). Pourquoi ? parce qu'on n'admettait pas que l'on pût transférer un droit opposable à tous sans des formes qui, d'abord, impliquèrent le consentement de l'État, et qui plus tard furent conservées dans un but de publicité. — Comparaison de cette idée avec celle de l'*ensaisinement* par le seigneur, des *devoirs de loi* et de la *mise de fait* dans l'ancien droit français (coutumes de nantissement).
Loi du 11 brumaire an VII. — Code civil, art. 1138, 711. — Loi du 23 mars 1855. — Registres fonciers en Allemagne.

SOUS-SECTION I. — *Modes d'acquérir la propriété dans l'ancien droit romain* (12).

§ 1. — Mancipation. Définition. — Ses formalités (13). Pouvaient seuls acquérir par ce moyen les citoyens romains, les latins, et les pérégrins à qui le *commercium* avait été concédé (14). Elle transférait le *dominium ex jure Quiritium*, et n'était *usitée* que pour les choses *mancipi* (15), mais il semble, malgré l'opinion commune, qu'elle

(9) J., II, 1, § 11. — (10) L. 39, § 1, D., *De V. sign.*, 50, 16. — L. 62, L. 30, pr., D., *De usurp.*, 41, 3. — (11) L. 20, C., *De pactis*, 2, 20. — V., § 268. — (12) Varron, *De re rustica*, II, 10, § 4. — (13) G., I, §§ 119 à 122. — U., 19, §§ 3, 6. — (14) U., 19, § 4. — (15) U., 19, § 3.

Digitized by Google

pouvait aussi s'appliquer aux *res nec mancipi* autres que les fonds provinciaux (16). Sous Justinien la mancipation a disparu (17).

§ 2. — *Cessio in jure.* — Définition ; formes (18). Elle n'était possible qu'entre citoyens romains ; elle servait à transférer la propriété quiritaire ou les droits réels civils, relativement aux choses *mancipi* ou *nec mancipi*. — Elle est tombée en désuétude à l'époque de Justinien.

§ 3. — *Usucapion.* — Définition. (Renvoi plus bas).

§ 4. — *Sub corona emptio.*

§ 5. — *Bonorum sectio.*

§ 6. — *Adjudicatio* (19). — C'était la translation de la propriété qui résultait de la sentence du *judex* dans les actions *communi dividendo, familiæ erciscundæ* et *finium regundorum*. Le juge, dans les actions en partage, transfère la propriété, puisqu'il donne à chacun des copartageants un droit exclusif sur une portion, à la place du droit *indivis* qu'il avait sur la masse ; donc chacun acquiert la part qu'avaient les autres dans le lot qui lui est attribué, et perd celle qu'il avait dans les lots donnés aux autres. En droit romain, le partage est donc *attributif* de propriété (20). Trebatius avait vainement essayé de faire admettre le principe contraire (21). En droit français, le partage est censé *déclaratif*, en vertu de la fiction de l'art. 883. Origine féodale de cette fiction. Son utilité pratique. Dans l'action *finium regundorum* le juge romain pouvait transférer la propriété parce qu'il avait le droit, non seulement de déclarer quelles étaient les limites des propriétés voisines, mais encore de fixer une délimitation plus commode que la véritable, en condamnant celui dont il augmentait ainsi la propriété à indemniser celui dont il diminuait le terrain (22).

Le pouvoir de transférer la propriété était dans ces actions attribué au juge par une clause spéciale (*adjudicatio*) de la formule (23).

L'*adjudicatio* transférait le *dominium ex jure Quiri-*

(16) Tacite *Annal.*, I, 73. — Pline, *hist. nat.*, 9, 33, §§ 53, 60. — (17) Voy. note 26 *supra*. — (18) G., II, 24. — U., 19, §§ 9 et 10.—(19) U., 19, § 16.— (20) L. 3, § 2, D., *qui potiores in pign.*, 20, 4. — (21) L. 31, D., *De usu et usuf.*, 33, 2. — (22) L. 2, § 1 ; L. 3, D., *fin reg.*, 10, 1. — (23) G., IV, § 42.

Digitized by Google

tium de toutes les chose *mancipi* ou *nec*, pourvu que le *judicium* fût *legitimum* (24). Quand le *judicium* était *imperio continens*, l'*in bonis* seul était tranféré par l'adjudication (25). — Sous Justinien, plus de distinction suivant la nature du *judicium* (26).

Effets de l'adjudication quant à l'usufruit, aux servitudes et à l'emphytéose (renvoi plus bas).

Autres pouvoirs du juge dans les actions divisoires. (Renvoi au quasi-contrat d'indivision et aux hérédités ; pour le partage amiable, renvoi à l'échange).

§ 7. — La loi (écrite ou coutumière). — *a*) Le trésor. La moitié est acquise *lege* au propriétaire du sol (26 *bis*). *b*) Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (27). *c*) Legs *per vindicationem*. *d*) *Caduca*. *e*) *Ereptoria* (28).

Sous-section II. — *De la possession*. — (D., *de adq. poss.*, 41, 2. — C., *eod.*, 7, 32).

Notions générales. — La possession est le pouvoir de fait que l'homme exerce sur une chose, dans l'intention de l'exercer pour son compte et abstraction faite de la question de savoir s'il en a ou non le droit.

Éléments de la possession. — 1° Fait matériel d'avoir une chose à sa disposition (*corpus*). 2° Intention de se comporter en propriétaire (*animus sibi habendi*, *animus domini*). Le voleur est donc un possesseur ; ainsi la possession n'a rien de commun avec la propriété (29). La possession s'acquiert par la réunion des deux éléments susindiqués, et se perd en principe dès que l'un d'eux vient à manquer. — La possession est un fait (*res facti*), mais elle engendre des droits (30) et des actions (interdits possessoires). — La *naturalis possessio*, ou détention, est le fait d'avoir une chose à sa disposition sans *animus sibi habendi* (ex. : fermier). — La *civilis possessio* est la possession véritable accompagnée de la bonne foi. — Pourquoi le droit s'occupe-t-il de la possession et la protège-t-il ? Parce que celui qui exerce les attributs de la propriété doit être maintenu dans sa situation jusqu'à ce qu'un autre

(24) V., § 47. — (25) L. 44, § 1, D., *fam. ercis.*, 10, 2. — (26) J., IV, 17, §§ 4 et s. — (26 *bis*) J., II, 1, § 39. — (27) J., II, 1, § 35. — (28) U., 19, § 17. — (29) L. 12, D., h. t. — (30) L. 1, § 3 ; L. 49, pr., D., h. t. — L. 53, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1.

Digitized by Google

prouve qu'il a meilleur droit, nul ne devant se faire justice à soi-même. La législation romaine a beaucoup développé les règles de la possession, parce que ceux qui occupaient l'*ager publicus* n'étaient que des possesseurs mais qu'à ce titre ils méritaient la protection organisée par le préteur, au moyen des interdits, contre les agressions violentes, les usurpations clandestines, et le refus de restitution des concessionnaires à titre de précaire. — Les interdits sont des ordres donnés par le préteur et qui engendrent des actions *in factum* contre ceux qui y contreviennent. Ces actions sont personnelles et ne se donnent que contre l'auteur de l'usurpation, tandis que la propriété, qui elle ne se perd pas parce qu'on est privé de la *possession*, donne naissance à une action réelle contre tout détenteur (31).

Distinction du *jus possessionis*, (droit naissant de la possession et qui appartient à tout possesseur), et du *jus possidendi* (droit à la possession), qui n'appartient en principe qu'au propriétaire. La possession par elle seule ne produit que le droit aux actions possessoires, mais jointe à d'autres conditions diverses elle procure l'acquisition de la propriété dans l'occupation, la tradition, l'usucapion, etc.

§ 1. — Éléments de la possession.

A) Pouvoir physique sur la chose (*corpus*). — Il faut un pouvoir physique sur la chose, donc : « *duo in solidum possidere non possunt* » (32). Choses que l'on ne peut posséder : choses incorporelles. La loi n'accorde aucune protection à la possession des choses hors du commerce, à moins que le possesseur ne les croie dans le commerce (33). Les personnes soumises à la puissance d'autrui, et celles qui, bien que *sui juris*, sont *en fait* possédées par autrui, n'étant pas libres d'exercer à leur gré un pouvoir sur les choses, ne peuvent posséder (34).

B) Volonté d'agir en maître : *animus domini* (35). Donc les personnes sans volonté (*infantes*, fous, personnes

(31) L. 1, § 3, D., *De interdictis*, 43, 1. — (32) L. 5, § 15, D., *commodati*, 13, 6. — L. 3, § 5, D., h. t. — (33) L. 1, § 6 ; L. 3, § 17 ; L. 30, § 1, D., h. t. — (34) L. 49, § 1, D., h. t. — L. 118, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (35) Theoph., III, 28, § 2.

Digitized by Google

morales), devraient être incapables de posséder, mais on admit, *utilitatis causa,* qu'elles le pourraient par des intermédiaires (36).

Cas où l'on dit qu'il y a possession, bien que l'*animus domini* fasse défaut : 1° le *rogans,* c'est-à-dire le concessionaire à précaire (37); 2° le créancier gagiste (38); 3° le sequestre (39); 4° l'emphytéote (40) ; mais l'emphytéote peut être considéré comme ayant l'*animus domini* au même dègré que les propriétaires provinciaux (41), vu l'analogie des situations,et par conséquent il n'y a pas là une véritable exception (42) ; 5° le *superficiaire;* mais ce dernier n'a pas selon nous la possession proprement dite; il n'a qu'une *juris quasi possessio,*car la superficie constitue une servitude(43)·

Comment expliquer ces exceptions? 3 systèmes : 1° En définissant le fait intellectuel non pas : *animus domini,* mais : *animus possidendi* (44). 2° En voyant dans ces exceptions des cas de possession *dérivée,* c. à. d. transmise (Savigny). 3° En disant que si les romains ont donné à ces personnes le nom de possesseurs, ils ont seulement voulu indiquer par là que le droit aux actions possessoires, c. à d. l'un des attributs de la possession, mais non pas la possession elle-même, leur avait été transmis (45). En réalité la possession est restée aux mains du *rogatus,* du débiteur gagiste ou des parties en litige (46). Motifs de cette transmission des actions possessoires.

§ 2. — Sens des expressions employées par les jurisconsultes romains : *Possessio* (possession *ad interdicta,* propriété provinciale) (47). *Possessio naturalis* (détention) (48). *Possessio civilis* (*possessio ad usucapio-*

(36) L. 1, §§ 1, 3, 22 ; L. 2 ; L. 5 ; L. 32, D., h. t. — L. 1, § 15, D., *si is qui testamento,* 47, 1. — L. 3, C., h. t. — (37) L. 10, pr., § 1, D., h. t. — L. 4, § 1 ; L. 17, D., *De precario,* 43, 26. — (38) L. 16, D., *De usurp.,* 41, 3. — (39) L. 39, D., h. t. — L. 17, § 1. D., *depositi,* 16, 3. — (40) Arg. L. 25, § 1, D., *De usuris,* 22, 1. — (41) G., II, § 7. — Aggenus Urbicus, *De limit. agr.,* 2. — (42) L. 1, § 1, D., *si ager vectigalis,* 6, 3. — (43) D., *De superficiebus,* 43, 18. — L. 86, § 4, D., *De legatis,* 1°, 30. — Voy. cep. L. 1, § 5, D., *De vi,* 43, 16. — L. 13, § 3, D., *De pign.,* 20, 1. — L., 1, § 1, D., *De superficiebus,* 43, 18. — (44) L. 3, § 3, D., h. t. — (45) L. 13, § 7, D., h. t. — L. 15, § 4, D., *De precario,* 43, 26. — (46) L. 16 ; L. 25, D., *de usurp.,* 41. 3. — L. 22, § 2, D.,*de pigner. act.,* 13, 7. — L. 15, § 4, D., *De precario,*43, 26. — L. 13, §§ 5, 7, D., h. t. — (47) L. 78, D., *De Verb. sign.,* 50, 16. — (48) L. 4, § 1, D., *Ad exhib.,* 10, 4 ; — L. 2, § 1, D., *Pro herede,* 41, 5 ; — L. 1 §§ 9, et 10 D., *De vi,* 43, 16.

Digitized by Google

nem (49). Quelquefois *civiliter possidere* signifie avoir la faculté légale de posséder (50). Au surplus le sens de ces expressions varie suivant les mots auxquels on les oppose. *Possessio justa*, deux sens : 1° toute possession qu'on a le droit d'avoir (51) ; 2° possession acquise sans vice (52). Possession de bonne ou de mauvaise foi. *Ficta possessio* (53).

§ 3. — Comment s'acquiert la possession ? Cette question se résout par l'analyse juridique des deux éléments de la possession. L'élément matériel (*factum*) peut être accompli par un tiers ; l'élément intellectuel (*animus*) doit en principe exister chez le possesseur (54).

A) De l'*animus*. — Les personnes sans volonté ne peuvent acquérir la possession (*infantes, fous, personnes morales, hérédité jacente*), mais la perte de la volonté (folie) n'entraîne pas celle de la possession *acquise* (55). Dérogations admises *utilitatis causa* (56), notamment acquisition de la *possession* par les esclaves de ces personnes, *ex peculiari causa* (57).

B. Du *factum*.

I. — *Factum* accompli par le possesseur.

En quoi doit consister le fait matériel pour acquérir la possession : *a*) d'une chose que personne ne possède (58) ? Il faut alors un acte *matériel* d'appréhension ; *b*) d'une chose qu'un tiers possède mais consent à nous céder ? S'il s'agit d'immeubles, la présence de la chose suffit sans attouchement matériel, pourvu que la possession soit *vacua* (59). Pourquoi ? — S'il s'agit de meubles, la possibilité immédiate d'en disposer est seule nécessaire (60), et par suite la livraison des clefs des magasins où sont renfermées les choses suffit, pourvu qu'on soit à proximité (61). Des

(49) L. 26, D., *De donat. inter.*, 24, 1. — L. 1, § 2, D., *Pro donato*, 41 6. — (50) L. 24, D., h. t. — L. 38, §§ 7, 8, D., *De verb. obl.*, 45, 1. — (51) L. 13, § 1, D., *De Pub. in rem*, 6, 2. — L. 7, § 8, D., *Comm. div.*, 10, 3. — L. 22, § 1, D., *De noxal. act.*, 9, 4. — (52) L. 1, § 1 ; L. 2, L. 3, D., *Uti possidetis*, 43, 17. — L. 6, pr., D., h. t. — (53) L. 131, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (54) P., V, 2, § 1. — (55) Arg. L. 1, §§ 3 et 5, D., h. t. — L. 32, § 2, D., h. t.; L. 4 § 3, D., *De usurp.*, 41, 3. — (56) L. 32, § 2 ; L. 2, D., h. t. — (57) L. 44, § 1, D., h. t. — (58) L. 23, § 1, D., h. t. — J., II, 1, § 13. — L. 55, D., *De aq. rer. dom.*, 41, 1. — (59) L. 1, § 21 ; L. 18, § 2, D., h. t. — (60) L. 79, D., *De solut.*, 46, 3. — L. 51, D., h. t. — L. 14, § 1, D., *De periculo et commodo.*, 18, 6.— (61) J., II, 1, § 45. — L. 74, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 18, § 2, D., h. t.

Digitized by Google

prétendues traditions symboliques : 1° remise des clefs (62); 2° remise des titres (63), critique des articles 1605 et 1606 du Code civil ; 3° constitut possessoire (64) ; 4° tradition *brevi manu* (65); 5° tradition *longa manu* (66). Il n'y avait pas en droit romain de traditions symboliques ; *c*) acquisition de la possession d'une chose qu'un tiers possède et malgré ce tiers. Il faut un acte d'appréhension très énergique (*contrectatio* pour les meubles, *dejectio* pour les immeubles). Renvoi à la perte de la possession.

II. — *Factum* accompli par un tiers.

A) Acquisition par les personnes placées sous notre puissance.

1° Esclaves (67). A quelles conditions acquiert-on la possession par les esclaves ? Il faut : 1° Que l'esclave accomplisse un fait tel que, s'il était libre, il acquerrait la possession pour lui-même, Conséquences (68). 2° Que l'*animus* existe chez nous au moment de l'accomplissement du *factum* (*ignoranti non acquiritur*) (69). Plus tard on admit qu'il suffisait que l'on eût donné l'ordre d'acquérir, alors même que l'on ignorait l'exécution de cet ordre (70). Lorsque l'esclave acquiert *ex peculiari causâ*, aucun *animus* n'est exigé chez le maître (71). 3° Il fallait, du moins anciennement, que l'on possédât l'esclave (72). Plus tard il suffit qu'il ne fût pas possédé par un autre, ou qu'il ne se crût pas libre (73). Fallait-il qu'on le possédât de bonne foi (74) ? On admit aussi, *utilitatis causa*, que l'on pouvait acquérir la possession par l'esclave en fuite dont on était censé conserver la possession (75).

2° Hommes libres possédés de bonne foi ; mêmes règles (76).

(62) L. 74, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (63) L. 1, C., *De donat.*, 8, 54. — (64) L. 77, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 18, pr., D., h. t. — (65) L. 43, § 1, D., *De jure dotium*, 23, 3. — J., II, 1, § 44. — L. 9, § 5 ; L. 21, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1. — (66) L. 79, D., *De solut.*, 46, 3. — (67) G., II, §§ 87 et s. — (68) L. 15; L. 40, pr., D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 1, § 19, D., h. t. (69) L. 44, § 1, D., h. t. — (70) J., II, 9, § 5. — Voyez cependant J., II, 9, § 3.—(71) L. 1, § 5, § 13, D., h. t. — (72) G., II, §§ 90, 94. —(73) L. 1, § 8, § 6 ; L. 50, § 1, D., h. t. — L. 31, § 2, D., *De usurpat.*, 41, 3. — L. 1, § 15, D., h. t. — (74) L. 34, § 2 ; L. 1, § 6, D., h. t. — (75) L. 1, § 14 ; L. 50, § 1, D., h. t. — (76) L. 1, § 6, D., h. t. — L. 34, D., *De stip. serv.*, 45, 3.

Digitized by Google

3° Fils de famille. On acquiert la possession par l'intermédiaire de ses fils de famille, quoique l'on ne les possède pas (77).

4° Personnes *in manu* et *in mancipio*. Controverses romaines (78).

B) Acquisition de la possession *per liberam personam* (ou *extraneam personam*, c'est-à-dire par mandataire). — Trois périodes : 1° d'abord on ne put acquérir la possession *per liberam personam* (79 et 80) ; 2° puis, après controverse, on l'admit ; 3° enfin on admit même que le mandant, après avoir donné l'ordre, acquerrait, *etiam ignorans*, c'est-à-dire sans avoir besoin d'*animus* à l'époque de l'acquisition (81) et par conséquent alors même qu'il ignorerait que son ordre a été exécuté (82). Conditions nécessaires à cette acquisition : 1° *animus* chez le représenté (ordre donné, ou ratification (83). Exceptions : acquisition par les tuteurs, curateurs, ou agents de personnes sans volonté (84). 2° Il fallait que le mandataire eût accompli un acte tel qu'il eût acquis la possession pour lui-même si telle eût été son intention ; 3° que le mandataire eût l'intention d'acquérir pour le mandant (85). — *Quid* cependant si celui qui fait tradition au mandataire a l'intention de faire acquérir la possession au mandant, tandis que le mandataire veut acquérir pour lui-même ? Controverse entre Julien (86) et Ulpien (87). Dans le constitut possessoire on acquiert *per extraneam personam* (88).

§ 4. — De la perte de la possession. — La possession acquise subsiste jusqu'à ce qu'un acte contraire à l'un de ses deux éléments ait été accompli (89).

I. — Perte de la possession des choses que nous possédons par nous-mêmes.

A) Perte *corpore* ; exemple : mort, captivité (90). 1° Quant

(77) G., II, § 89. — L. 1, § 8 ; L. 50 ; L. 4, D., h. t. — (78) G., II, § 90. — (79 et 80) L. 41, D., *De usurp.*, 41, 3. — Gaius, ed. *Stud.*, § 95 *in fine*. — P., V, 2, § 2. — (81) J., II, 9, § 5. — L. 1, C., h. t. — (82) L. 11, § 6 D., *De pignerat*, 13, 7. — (83) P., V, 2, § 2. — (84) L. 2. D., h. t. — (85) L. 1, § 20 D., h. t. — (86) L. 37, § 6, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — (87) L. 13, D., *De donat.*, 39, 5. — (88) L. 18, pr., D., h. t. — L. 77, *De reiv.*, D., 6, 1. — L. 28 C., *De donat.*, 8, 54. — (89) L. 153, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 8 ; L. 3, § 6 ; L. 46, § 2, D., h. t. — (90) L. 23, *pr.*, § 1, D., h. t.

Digitized by Google

aux meubles; destruction, vol, perte, fuite des animaux (91). 2° Immeubles. — En principe la possession est perdue dès qu'un tiers s'en empare. — Exception pour les *saltus hiberni* et *æstivi*. La possession se retient alors *animo solo* (92), jusqu'à ce qu'informé de l'usurpation, le possesseur retournant sur l'immeuble soit repoussé (perte *corpore, dejectio*) (93). Extension de cette exception à tous les immeubles qu'on abandonne dans l'intention d'y revenir (94). De là résulte que le possesseur d'immeubles dépouillé clandestinement-fut censé conserver la possession, ce qui explique la disparition de l'interdit *de clandestina possessione*.

B). Perte *animo ;* exemple : constitut possessoire. — Les incapables ne peuvent perdre la possession *animo* (95). La volonté de renoncer à la possession ne se présume pas (96).

II. — Perte de la possession des choses que l'on possède par un tiers: *a*) perte *animo*; exemple: tradition *brevi manu*, *b*) perte *corpore*. On ne peut perdre personnellement, *corpore*, la possession de ces choses (97). *Quid* si le possesseur est fait captif de guerre (98)? Il faut donc un fait accompli dans la personne du représentant (détenteur, fermier par exemple) : 1° Il meurt ou abandonne la chose ; la possession des meubles est perdue, celle des immeubles se conserve jusqu'à ce qu'un tiers s'en empare (99). 2° Un tiers lui enlève la chose (100). 3° Il veut acquérir la possession pour lui-même : — *a*) meubles ; d'après l'opinion des Sabiniens qui triomphèrent, il fallait une *contrectatio* constituant un vol (101) ; *b*) immeubles ; dans ce cas, il suffit d'une contradiction aux droits du possesseur, ou d'un acte d'aliénation émané d'un tiers et accepté de bonne foi par le repré-

(91) L. 13, pr.; L. 25, pr.; L. 44, pr., D., h. t. — J., II, 1, § 12. — (92) G., IV, 153. — L. 3, § 11 ; L. 44, § 2 ; L. 45, 46, D., h. t. — (93) *Arg*. L. 25, § 2, D., h. t. — L. 1, § 25, *De vi*, D., 43, 16. — (94) L. 6, §§ 24, 25, D., *eod*. — L. 3, §§ 7 et 8; L. 25, §§ 1 et 2, D., h. t. — J., IV, 15, § 5. — (95) L. 27, D. h. t. — (96) L. 12, § 1, D., h. t. — *Contra* : art. 26, C. Pr. — (97) L. 1, § 45, D., *De vi*, 43, 16. — (98) L. 12, § 2, D., *De captivis*, 49, 15. — L. 44, § 7, *De usurp*., D., 41, 3. — (99) L. 47; L. 3, § 13, D., h. t. — L. 12, C., h. t. — L. 3, § 7; L. 25, § 2 ; L. 44, § 2, D., h. t. — (100) L. 1, § 2, D., *De vi*, 43, 16. — L. 44, § 2, D., h. t. — (101) L. 47; L. 3, § 18, D., h. t.

Digitized by Google

sentant, pour que le possesseur perde la possession (102). La règle *nemo sibi causam possessionis mutare potest,* invoquée pour expliquer ces résultats, y est historiquement étrangère (103). Véritable sens de cette règle en droit romain (104). Elle s'applique au juste titre de l'usucapion ; renvoi plus bas (105). Elle signifie encore que nul ne peut, par sa volonté, corriger le vice originaire de sa possession (106). — 4° Le représentant livre la chose à un tiers. La possession était perdue pour le représenté, dans le droit classique, à moins, en matière d'immeubles, que la possession du tiers ne fût clandestine, cas auquel elle est réputée inexistante. Sous Justinien, le représenté conserve la possession malgré l'infidélité du représentant (107).

La possession est censée conservée, mais seulement au point de vue de l'interdit *uti possidetis,* servant à déterminer le rôle des parties dans la revendication, lorsque celui qui l'a perdue a un interdit pour la recouvrer (108) ; mais au point de vue de l'usucapion, la possession est perdue, et fût-elle recouvrée dans l'année, elle n'en aura pas moins été interrompue (109).

§ 5. — Des vices de la possession.

De la possession acquise *vi, clam, precario.*

Remarques. — 1° Tous ces vices sont relatifs et n'existent que vis-à-vis du dépossédé, même la précarité.

Chez nous, la possession dite précaire n'étant qu'une simple détention, ce vice est absolu.

2° C'est l'origine de la possession qui détermine si elle est vicieuse ou non (110). *Secus* chez nous (110 *bis*).

§ 6. — A quelles choses s'applique la possession ? — Tous les droits étant susceptibles d'un exercice se révélant extérieurement, il semble que tous soient susceptibles de possession. Mais, chez les Romains, le mot *possessio* ne

(102) L. 12 ; L. 18, D., *De vi*, 43, 16. — L. 20 ; L. 6 ; L. 32, § 1, D., h. t. — L. 33, § 1, *in fine* D., *De usurp* , 41, 3. — Code civil, art. 2238. — (103) C. civ., 2240. — (104) L. 18, pr., D., h. t., etc., etc. — (105) L. 1, §§ 1 et 2 *in fine* D., *Pro donato*, 41. 6. — (106) L. 6 § 3 ; L. 22, pr ; D , *De precario*, 43, 26. — L. 6, pr., D., h. t. — *Contra*, C. civ., art. 2233. — (107) L. 12, C., h. t. — (108) L. 22 ; L. 17, pr., D., h. t. — (109) L. 15, D., h. t. — L. 5, D., *De usurp.*, 41, 3. — *Contra* art. 2243 C. civ. — (110) L. 6, pr., D., h. t. — (110 *bis*) Art. 2233, 2me alinéa, Code civil.

Digitized by Google

s'applique qu'à l'exercice du droit de propriété. Donc, ni les servitudes, ni les hérédités, ni les créances (choses incorporelles) ne sont susceptibles de possession.

A) Servitudes. L'ancien droit romain admettait l'usucapion et par suite la possession des servitudes (111). — La loi *Scribonia* en défendit l'usucapion. — Le préteur admit la quasi-possession des servitudes (112). Conséquences : 1° la quasi-possession des servitudes est garantie, tantôt par des interdits spéciaux, tantôt par ceux qui protègent la possession de la propriété, donnés à titre d'interdits utiles (113) ; 2° les servitudes pourront être acquises *jure prætorio* par la quasi-tradition (114) ; 3° elles pourront être acquises encore par la *longi temporis præscriptio*, sorte d'usucapion prétorienne (115).

B) Des hérédités. — L'hérédité était anciennement susceptible de possession, car on pouvait l'usucaper. Plus tard cette idée fut rejetée (116).

C) Des créances. — Elles ne sont pas susceptibles de possession. Le fait de les exercer n'engendre aucune protection pour le titulaire apparent.

SOUS-SECTION III. — *Des modes particuliers d'acquérir la propriété, dans le droit romain classique et sous Justinien.*

§ 1. — *De l'occupation.* (D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1. — J., II, 1).

1° NOTIONS GÉNÉRALES. — L'occupation est la prise de possession d'une chose *nullius* susceptible de propriété privée. Elle fait acquérir la propriété quiritaire de l'objet, si l'occupant est capable d'acquérir cette propriété et si la chose en est susceptible. Il faut, pour que l'acquisition soit définitive, que la chose ait été modifiée de manière à ne pouvoir retourner à son état primitif, sans quoi ce retour entraîne la perte de la propriété par une sorte de *postlimi-*

(111) L. 4, § 29, *De usurp.*, D., 42, 3. — (112) L. 23, § 2, D., *Ex quib. causis*, 4, 6. — L. 10, pr., D., *Si servit. vind.*, 8, 5. — L. 3, D., *Si usus pet.*, 7, 6. — (113) L. 2, § 3, *Si servit. vind.*, D., 8, 5. — L. 20, *De servit.*, D., 8, 1. — (114) L. 1, § 2, D., *De servit. præd. rustic.*, D., 8, 3. — (115) L. 1, § 23, D., *De aq. et aq. pluv.*, 39, 3. — L. 10, pr., D., *Si servit. vind.*, 8, 5. — L. 1, C., *De servit.*, 3, 34. — L. 12, § 4, C., *De præscript. long. temp.*, 7, 33. — (116) G., II, § 54.

Digitized by Google

nium (1). Application de cette idée aux animaux sauvages capturés et qui s'échappent (2).

2° Applications de l'occupation.

A) Animaux sauvages (3). — *a*) *Animalia fera*. On devient propriétaire des *animalia fera* par l'occupation même faite sur le terrain d'autrui, sauf le droit du propriétaire d'interdire l'accès de son fonds (4). L'occupation s'accomplit lorsque l'animal est pris ou tué; on décida, après controverse, qu'il ne suffisait pas qu'on l'eût blessé, même mortellement. La solution contraire prévaut dans la jurisprudence française (5). — *b*) *Animalia mansuefacta*. On n'en perd point la propriété tant qu'ils conservent l'instinct du retour (6). — *c*) *Animalia domestica* (7).

B) Perles, coquillages, algues etc., trouvés sur le bord de la mer (8).

C) Ile formée dans la mer (9). Portions du rivage de la mer sur lesquels on a construit des cabanes (10).

D) Butin fait sur l'ennemi (*occupatio bellica*) (11). Les terres appartiennent au peuple romain, le butin mobilier est en partie vendu au profit de l'État, en partie distribué aux soldats, en partie retenu par le général (12). La propriété de l'ennemi saisie autrement qu'à la suite des combats appartient au premier occupant (13). En cas de reprise (recousse), application de la théorie du *postliminium* (14).

E) Du trésor (15). Définition du trésor (16). A qui appartient le trésor ? Peut-être au fisc avant Hadrien (17),

(1) L. 5; L. 14, pr., D., h. t. — L. 6, pr., D., *De divisione rerum*, 1, 8. — (2) J., § 12, *in fine*; § 14, *in fine*. — (3) J., §§ 12, 13, 14, 15, 16. — (4) J., §§ 12, 14. — L. 13, § 7; L. 23; D., *De injuriis*, 47, 10. — (5) L. 3, § 1, D., h. t. — J., § 13. — Cass., 29 avril 1862 et la note, S. V., 63, 1, 237. — (6) J., § 15. — Virg., *Énéide*, VII, vers. 483 et s. — (7) J., § 16. — (8) J., § 18. — L. 5, § 2, D., *De rerv.*, 6, 1. — (9) J., § 22. — L. 7, § 3, D., h. t. — (10) L. 50; L. 14, § 1, D., h. t. — L. 5, *in fine*; L. 6, D., *De divis. rer.*, 1, 8. — (11) J., § 17. — G., II, § 69; IV, § 16. — L. 1, § 1, D., *De aq. pos.*, 41, 2. — (12) L. 16, D., h. t. — L. 20, § 1, D., *De capt.*, 49, 15. — Aulu-Gelle, 16, 4. — L. 13, D., *Ad leg. Jul. peculatus*, 48, 13. — Tit.-Liv., II, 42. — Cicér., *In Verr.*, II, 1, 22; *ad famil.*, II, 17. — (13) L. 5, § 7; L. 31, § 1, D., h. t. — L. 1, § 1, D., *De aq. pos.*, 41, 2. — (14) L. 26, D., *Quib. mod. usuf. amit.*, 7, 4. — L. 19, § 5; L. 20, § 1, D., *De capt.*, 49, 15. — Loi du 12 vendémiaire an VI. — (15) J., § 3). — C. civil, 716. — (16) L. 31, D., h. t. — L. *Unica*, C., *De thesauris*, 10, 15. — (17) Suétone, Néron, 31. — Tacite, Annales, 16, 1.

Digitized by Google

Rescrit d'Hadrien (18). Le trésor trouvé par le propriétaire du fonds, ou par son ordre, lui appartient, *jure occupationis;* trouvé par un tiers qui faisait des recherches dans ce but, il appartient encore au propriétaire *jure soli;* que si sa découverte est l'effet du hasard, il appartient pour moitié à l'inventeur *jure occupationis*, et par moitié au propriétaire *jure soli*. — Modifications de Théodose abrogées par Zénon (19). Du trésor trouvé dans un lieu public (20), ou religieux (21).

F) Choses abandonnées par le propriétaire. Renvoi à la tradition *incertæ personæ* (22).

§ 2 De la tradition. (J., II, § 40 à 48. — D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1).

I. — Généralités. — La tradition proprement dite est la translation de la possession juridique d'une chose dans le but d'en transférer la propriété. Plus rarement ce mot signifie translation de la détention ou même de la possession *ad interdicta*, mais sans intention de transférer la propriété (1). — La tradition est un mode d'acquérir du droit des gens (2).

II. — De quelles choses la tradition transférait-elle la propriété ?

A) Droit civil. — Elle transférait la propriété quiritaire des choses *nec mancipi* (3), sauf pour les fonds provinciaux dont le domaine quiritaire ne peut appartenir à des particuliers (4). La tradition d'une *res mancipi* entre citoyens romains n'en faisait point acquérir la propriété quiritaire qui restait au *tradens*, (*nudum jus Quiritium*) (5). Pour les pérégrins, la division des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* n'existe pas; par suite la tradition entre pérégrins ou par un citoyen à un pérégrin transférait la propriété de toute chose suivant la loi provinciale applicable. Faite par un pérégrin à un citoyen, elle lui faisait toujours acquérir le *dominium ex jure Quiritium* (6).

(18) J., § 39. — (19) L. *Unica*, C., *De thesauris*, 10, 15. — (20) J., § 30.— (21) J., *eod.* — L. 3, § 10, D., *De jure fisci*, 49, 14. — (22) J., §§ 46, 47. — L. 13, D., *Pro derelicto*, 41, 7. — L. 58, D., h. t. — L. 17, § 1, D., *De aq. pos.*, 41, 2.

(1) L. 31, D., *Locati*, 19, 2. — L. 1, pr., D., *De pigner. act.*, 13, 7. — (2) L. 7, § 3, D., h. t. — (3) U., 19, § 7. — G., II, §§ 18 et 22. — (4) G., II, 7. — (5) G., II, 41. — (6) Arg., V., § 47. — U., I, 16.

Digitized by Google

B) Droit prétorien. — La tradition était le mode normal d'acquérir la propriété prétorienne ou bonitaire. — Le préteur donnait à celui qui avait acquis une chose *mancipi* par tradition une action factice de la revendication (*publicienne*), et le protégeait contre la revendication de l'aliénateur resté *dominus ex jure Quiritium*, par les exceptions *rei venditæ et traditæ, rei donatæ et traditæ*, etc. Le propriétaire bonitaire jouit en somme de presque tous les avantages de la propriété civile (7), et deviendra rapidement propriétaire quiritaire par usucapion. — La tradition est aussi le mode normal d'acquérir la propriété provinciale (8).

C) Droit de Justinien. Sous cet empereur, la distinction des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* et la division des fonds en italiques et provinciaux étant abolie (9), la tradition est devenue le mode normal de translation de la propriété de toutes choses (10). Gaius et Justinien (11) disent que la tradition ne s'applique qu'aux choses corporelles, ce qui signifie que la tradition ne transfère en principe que la propriété et non les autres droits réels, insusceptibles, d'après les Romains, d'une possession véritable.

III. A quelles conditions la tradition transfère-t-elle la propriété ?

A) Il faut la translation de la possession (renvoi plus haut sous-section II, § 3). Donc le propriétaire qui ne possède pas sa chose ne peut, en principe, en transférer la propriété à autrui par la tradition. Il cédera son action en revendication, et l'acquéreur deviendra propriétaire lorsqu'il se sera fait mettre en possession par l'exercice de cette action (11).

B) Il faut que le *tradens* soit propriétaire et capable d'aliéner, que l'*accipiens* soit capable d'acquérir (renvoi à la capacité d'aliéner et d'acquérir). Cependant toute aliénation faite par le fisc transfère la propriété, sauf le recours

(7) G., II, 196. — I, 167. — (8) G., II, § 21. — (9) L. *Unica*, C., *De nudo jure Quir. tollendo*, 7, 25. — Pline, *Hist. nat.*, III, 3, § 4 et 21, § 5. — L. 1, § 1; L. 8, § 7, *De censibus*, D., 50, 15. — Aggenus Urbicus, *De contr. agr.* — Théoph., II, 1, § 40. — (10) J., § 40. — (11) J., *eod.* — G., II, § 19. — (12) L. 21, 46, 47, 63, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 33, § 4, *De cont. empt.*, D., 18, 1.

Digitized by Google

du véritable propriétaire contre le fisc (13). — Il faut aussi que l'*accipiens* soit capable d'acquérir la possession (renvoi *suprà*).

C) Il faut encore l'intention d'aliéner chez le *tradens* et celle d'acquérir chez l'*accipiens* au moment où la possession passe à l'acquéreur. Preuves : on n'acquiert pas la propriété lorsqu'on prend possession de la chose vendue sans le consentement du vendeur (14) ; ni lorsqu'on prend par erreur livraison d'une chose autre que celle qu'on veut acquérir (15) ; ni lorsque l'*accipiens* est dépourvu de volonté (16). Cette double intention est suffisante et constitue à elle seule la *justa causa traditionis*. Cependant quelques commentateurs et certains jurisconsultes romains exigent en outre que la tradition ait été réellement précédée d'un acte juridique (vente, donation, etc.) impliquant cette double intention, actes qu'ils nomment la *justa causa traditionis*. De là deux systèmes :

a) 1er système. — La double intention est suffisante. Preuves : 1° la tradition faite en vertu d'une cause qui n'existait qu'en apparence (exemples : legs révoqué, dette déjà payée) n'en transfère pas moins la propriété (17) ; 2° de même pour la tradition faite en vertu d'une cause illicite, et par suite légalement inexistante (18). Cependant par exception la tradition motivée par une donation entre époux (acte prohibé) ne produit aucun effet (19) ; 3° l'anéantissement par suite d'une condition résolutoire de la cause qui a motivé la tradition n'empêche pas la propriété d'avoir été transférée (20) ; 4° lorsque le *tradens* veut faire un prêt de consommation (*mutuum*), l'*accipiens* recevoir une donation, ou réciproquement, il n'y a ni donation, ni prêt, faute d'accord entre les parties, donc aucun acte juridique antérieur ; pourtant la tradition transfère la propriété parce qu'il y a intention d'aliéner et d'acquérir (Julien) (21). Ulpien dans ce cas n'admettait pas le transfert

(13) J., II, 6, § 14. — L. 2, 3, C., *De quadrienni præscriptione*, 7, 73. — (14) L. 5, D., *De ad. pos.*, 41, 2. — (15) L. 34, pr., D., *eod.* — (16) L. 18, § 1, D., *eod.* — (17) D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — D., *De condict. sine causa* 12, 7, *passim*. — (18) L. 36, D., *De noxal. ac.*, 9, 4. — D., *De cond. ob turpem vel injustam causam*, 12, 4, *passim*. — (19) L. 3, § 10, D., *De donat. inter.*, 24, 1. — (20) L. 35, § 3, D., *De mort. causa donat.*, 39, 6. — (21) L. 36, D., h. t.

Digitized by Google

de propriété, mais son opinion, contraire à l'ensemble des textes, doit être repoussée (22).

b) 2e système. — Il faut un acte juridique antérieur (*justa causa* dans ce sens). Les textes sur lesquels ce système se fonde (23) signifient seulement qu'il y aura toujours un acte juridique apparent ou réel, valable ou non, qui motivera la tradition ; et quant à l'opinion d'Ulpien, (note 22 suprà) elle est isolée. *Quid* si le consentement de l'aliénateur est vicié ? — S'il y a erreur sur la chose même qui doit être livrée, la tradition est inopérante (24). *Secùs* de l'erreur sur la cause de la traditton (25). — *Quid* du dol et de la violence ? Renvoi aux vices du consentement dans les contrats.

D) En cas de vente, pour que la tradition transférât la propriété, il fallait encore que le prix eût été payé (26). Origine de cette règle. On dit généralement qu'elle résulte de l'intention du vendeur, qui n'a entendu se dessaisir de la propriété qu'après le paiement du prix. Mais, si ce motif était exact, il s'appliquerait au coéchangiste qui devrait rester propriétaire jusqu'à la remise de la chose qu'il veut acquérir en contre-échange. Il est donc selon nous plus vraisemblable que cette règle découle de la mancipation ; les ventes importantes se faisant autrefois par mancipation (27), et la mancipation impliquant le paiement d'un prix réel ou fictif. Mais l'intention du vendeur, motif indiqué par Justinien, fit conserver cette solution à l'époque classique. Cette intention de ne pas transférer la propriété cesse : 1° lorsque le vendeur a suivi la foi de l'acheteur en lui accordant un terme (28) ; 2° lorsque l'acheteur a fourni une garantie (caution, hypothèque) (29). Même dans ces cas le vendeur conserve la propriété lorsqu'il a donné la chose à bail ou à précaire à l'acheteur (30), ce qui constitue le *pactum reservati dominii*. En se réservant la propriété le vendeur obtient un droit de *suite* et un droit de *préférence*.

(22) L. 18, pr., D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (23) L. 31, pr., D., h. t. — J., § 40, *in fine*. — (24) Voy. *suprà* note 15. — (25) Voy. *suprà* note 21. — (26) J., § 41. — (27) Cic., *De Orat.*, 1, 39. — (28) L. 3, C., *De pactis inter empt.*, 4, 54. — (29) L. 19 ; L. 53, D., *De contr. emp.*, 18, 1. — (30) L. 20, § 2, D., *Locati* 19, 2. — L. 20, D., *De precario*, 43, 26.

Digitized by Google

IV. De la tradition *incertæ personæ* et des cas ou l'on pouvait douter s'il y avait occupation ou tradition. 1° Cas où les magistrats *missilia jactant in vulgus* (31). 2° Cas où le propriétaire tient sa chose *pro derelicto* (32). Dans ces cas la propriété est-elle perdue tout de suite, ou seulement au moment où un autre l'acquiert? Controverse entre les Sabiniens, dont l'opinion prévalut, et les Proculiens (33). Nous croyons d'ailleurs que pour tous il y avait occupation dans le cas du moins où le propriétaire a l'intention d'abandonner sa chose purement et simplement. En conséquence, dans ce cas le premier occupant acquerrera la propriété *quiritaire* de la chose, même si elle est *res mancipi*. — *Secùs* si l'on admettait qu'il y eût tradition.

V. — Inconvénients de la tradition comme mode d'acquisition de la propriété. — Elle manque souvent de publicité (constitut possessoire) et parfois elle est équivoque. Une constitution de Constantin avait organisé une certaine publicité (35). Pourquoi la tradition a-t-elle remplacé la mancipation et la cession *in jure*, malgré les avantages de publicité que présentaient ces deux modes (36)?

§ 3. — De l'usucapion. (D., *De usurpationibus* et *usucapionibus* 41, 3. — J., II, 6).

Généralités. L'usucapion est l'acquisition de la propriété par une possession continuée pendant un certain temps et accompagnée de certaines conditions (1).

I. — Droit civil. — *De l'usucapion proprement dite.* — La loi des XII tables décidait que l'usucapion *des fundi* aurait lieu par deux ans, celle des autres choses par un an (2). L'usucapion, alors appelée *usus auctoritas* avait pour effets soit : 1° de rendre propriétaire *ex jure quiritium* celui qui avait reçu *a vero domino* tradition d'une *res mancipi* (3); 2° soit de rendre propriétaire *ex jure quiritium* celui qui avait acquis *a non domino* par un mode

(31) J., § 46. — (32) J., § 47. — (33) J., *eod.* — L. 2, D., *Pro derelicto*, 41, 7. — L. 43, § 5, *De furtis*, D., 47, 2. — (34) L. 5, § 1, D., *Pro derelicto* 41, 7. — L. 36, D., *De stip. serv.*, 45. 3. — L. 8; L. 9, D., h. t. — (35) V., § 35. — (36) G., II, § 25.

(1) U., 19, § 8. — L. 3, D., h. t. — (2) Cicér., *Pro cæcina*, 19. — G., II, § 42. — (3) G., II, § 41.

Digitized by Google

quelconque (4); 3° soit de dispenser le propriétaire de fournir la preuve de sa propriété en remontant jusqu'à son origine.

A quelles conditions l'usucapion fait-elle acquérir la propriété? Il faut :

A) Une personne capable d'usucaper, c'est-à-dire un citoyen romain (*adversus hostem æterna auctoritas*) (5).

B) Une chose susceptible d'usucapion. Choses qu'on ne peut usucaper (*Res furtivæ, res vi possessæ*, etc. (6).

C) Une possession de deux ans pour les immeubles et d'un an pour les autres choses (7).

D) Une *justa causa* (nouveau sens de ce mot), c'est-à-dire qu'il fallait que la possession eût été acquise *d'une manière autorisée par les lois*, (*justum initium possessionis*) (8). Impossibilité de donner une formule plus précise si l'on veut comprendre tous les cas. Les conditions de l'usucapion étaient anciennement plus ou moins faciles ou rigoureuses, et notamment on admettait plus ou moins facilement l'existence d'une *justa causa*, suivant le degré d'intérêt qui s'attachait au propriétaire qui va perdre son bien et au possesseur qui va l'acquérir par usucapion. Exemple : dans l'*usucapio pro herede* le propriétaire n'est guère digne d'intérêt ; dans l'*usucapio pro donato* au contraire, c'est le possesseur. De là résulte que les éléments constitutifs de la *justa causa* varient suivant les cas, et qu'il est impossible d'en donner une définition générale. Il faut donc examiner successivement plusieurs cas.

a) Cas où le possesseur a reçu la chose *a non domino*, par *tradition*. A quelles conditions y aura-t-il alors *justa causa?* 1° Il fallait que la tradition eût transféré la propriété si le *tradens* eût été propriétaire (ce qui n'a pas lieu par exemple dans le cas de donation entre époux (9), et dans le cas de donation non insinuée (10). 2° Il fallait que le possesseur, en acquérant la possession, crût acquérir la

(4) G., II, §§ 43, 44. — (5) Cic., *De off.*, I, 12. — G., II, 65. — (6) G., II, 45, 51. — Aulu-Gelle, 17, 7. — J., §§ 2 et 8, h. t. — Cicér., *De legibus*, I, 21. — G., II, 48. — Cic., *Ad Attic.*, I, 5. — V., § 1. — (7) Cicér., top., 4 ; — *Pro Cæcina*, 9. — G., II, §§ 42, 54. — (8) P., V, 2, § 4. — (9) L. 1, § 2, D., *Pro donato*, 41, 6. — (10) L. 34, C., *De donat.*, 8, 54.

Digitized by Google

propriété, et l'acquérir pour un motif légitime (11). Cette condition se dédouble aisément, et c'est ainsi qu'on arriva à décomposer la notion de la *justa causa* en deux idées : 1° *bona fides*, croyance que l'on acquiert la propriété ; 2° *justus titulus*, existence d'un motif légitime expliquant l'acquisition.

1° *Bona fides* ; c'est la croyance que le *tradens* était propriétaire, capable d'aliéner et que par suite l'on a acquis la propriété. La bonne foi se suppose jusqu'à preuve contraire.

2° *Justus titulus* ; acte juridique qui motive l'acquisition que l'on a cru faire faire de la propriété. C'est au possesseur de prouver l'existence de cet acte (12). Le juste titre *putatif* suffira-t-il ? (Renvoi, plus bas). Remarque : même en admettant l'efficacité du titre putatif, il ne faut pourtant pas le confondre avec la bonne foi, parce que ce sera toujours au possesseur à prouver qu'il avait des raisons plausibles de croire à l'existence d'un titre, tandis que la bonne foi se suppose.

Il y a des hypothèses où, même en cas de tradition, on n'a pas décomposé la notion de *justa causa* en deux idées (juste titre et bonne foi) ; il y a *justa causa*, bien qu'il n'y ait pas bonne foi ex. : tradition d'un esclave abandonné *noxaliter* par un *non dominus*, à une personne qui n'ignore pas le défant de propriété chez le tradens (13). De même dans la *manus* acquise *usu*, le mariage, qui suppose la tradition de la femme, constitue à lui seul la *justa causa*, et le mari acquiert la manus par usucapion bien qu'il soit manifestement de mauvaise foi (14).

b) Cas de prise de possession en vertu d'un acte de l'autorité (15) ; l'idée de *justa causa* n'a pas été analysée, la bonne foi n'est pas exigée. 1° Cas de saisie noxale, avec autorisation du préteur, de l'esclave dont le maître est absent (16). 2° Cas de *missio in possessionem ex secundo decreto*, dans l'hypothèse du *damum infectum* (17).

c) Cas où il n'y a eu ni tradition ni acte de l'autorité.

(11) L. 3, D., *Pro suo*, 41, 8. — (12) L. 13, § 2, D., *De publiciana in rem.*, 6, 2. — (13) L. 28, D., *De noxal. act.*, 9, 4. — (14) G., I, § 111. — (15) L. 11, D., *De ad. pos.*, 41, 2. — (16) L. 28, *in fine*, D., *De noxal, act.*, 9, 4 — (17) L. 15, § 16, D., *De damno infecto*, 39, 2.

Digitized by Google

1° Cas où la décomposition de l'idée de *justa causa* a été faite et où par suite on exige non seulement le juste titre, mais encore la bonne foi ; exemples : usucapion *pro derelicto*, (prise de possession d'une chose abandonnée par celui que l'on croit en être propriétaire) (18) ; usucapion *pro legato* (prise de possession (sans vices) d'une chose qui nous a été léguée *per vindicationem* par un *non dominus*) (19).

2° Cas où l'on n'a pas décomposé la notion de justa causa et où, par conséquent, la bonne foi n'est pas exigée.

a) *Usucapio pro herede* ou *lucrativa* (20).

1re phase de la législation. — Lorsque le *de cujus* n'avait pas laissé d'héritier *nécessaire*, le premier venu pouvait, par une possession d'une année, usucaper l'hérédité elle-même, c'est-à-dire la qualité d'héritier. — Motifs de cette usucapion : intérêt religieux ; intérêt des créanciers (21).

2e phase. — On n'usucape plus la qualité d'héritier, mais les choses héréditaires (22). Conditions nécessaires ; il fallait : 1° qu'il s'agit de *res hereditariæ* (23) ; 2° que l'héritier n'en eût pas encore pris possession (24) ; 3° qu'il n'y eût pas d'héritier nécessaire (25) ; 4° que le possesseur eût la *factio testamenti* avec le défunt (26) ; 4° qu'il n'eût pas déjà avant le décès du *de cujus* la possession ou la détention de la chose à usucaper (*nemo sibi causam possessionis mutare potest*) (27).

3e phase. Un Snc., rendu sous Hadrien (28), permit à l'héritier de faire rescinder cette usucapion, même si le possesseur était de bonne foi (29).

4e phase. — Peine portée contre ceux qui de mauvaise foi s'emparent d'une hérédité (*crimen expilatæ hereditatis*) (30).

(18) L. 4, D., *pro derelicto*, 41, 7. — (19) L. 8, D., *pro legato*, 41, 8. — (20) G., II, §§ 52 à 60. — (21) G., II, § 55. — Cicer., *De legib.*, II, 19 et 20 ; *ad Atticum*, I, 5. — (22) G., II, § 54. — Sénèque, *De benef.*, VI, 5. — (23) L. 1, D., *pro herede*, 41, 5. — L. 3, C., *de usucap. pro herede*, 7, 29. — (24) G., II, § 52. — (25) G., II, § 58 ; III, § 201, édition studemund. — (26) L. 4, D., *pro herede*, 41, 5. — (27) L. 33, § 1, D., h. t. — L. 2, § 1, *pro herede*, D., 41, 5. — (28) G., II, § 57. — (29)) L. 20, § 6, D., *de hered. pet.*, 5, 3. — (30) L. 1 et 2, D., *Expilatæ hered.*, 47, 19.

Digitized by Google

5e phase. — L'usucapio *lucrativa pro herede* a complétement disparu. Existe-t-il encore sous Justinien un cas où l'on peut usucaper pro herede ? (Renvoi plus bas).

β) *Usureceptio fiduciæ causa* (31). Usucapion par le déposant, ou par le débiteur fiduciaire après le paiement de sa dette, de la chose déposée ou donnée en fiducie ; on suppose que le dépositaire ou le créancier a omis de remanciper la chose ; l'usucapion s'accomplit donc sans bonne foi, puisque celui qui l'accomplit sait bien que la propriété ne lui a pas été retransférée. Cette usucapion s'accomplit par un an, même pour les immeubles.

γ) *Usureceptio ex prædiatura* (32). Usucapion par le débiteur de l'État du bien de ce débiteur, vendu par l'État ; la bonne foi n'est pas exigée ; on suppose que le débiteur exproprié a désintéressé l'acquéreur (ou l'État avant qu'il ne livrât la chose à l'acquéreur). Cette usucapion exige deux années s'il s'agit d'immeubles.

Remarque. — On voit que dans ces trois cas l'idée de *justa causa* ne pouvait être décomposée en deux éléments : *bona fides* et *justus titulus*.

II. — Droit prétorien. *Præscriptio longi temporis*.

Généralités. — A côté de l'usucapion qui ne profitait pas aux pérégrins et ne s'appliquait pas aux fonds provinciaux (33), le préteur créa la *præscriptio longi temporis*, institution analogue, mais qui exige une durée de possession plus longue. — Etymologie du mot prescription. Le Préteur insérait en tête de la formule de l'action en revendication une clause (*præscriptio*) par laquelle il ordonnait au juge d'examiner *préalablement* si le défendeur avait possédé pendant un certain temps, et dans ce cas de débouter le demandeur (34). Ce moyen de défense prit plus tard la forme matérielle de l'exception et changea ainsi de place dans la formule. Plus tard enfin il devint moyen d'attaque ; probablement celui qui avait prescrit intentait la Publicienne et repoussait par la réplique *longi temporis* l'exception *justi dominii* qui lui etait opposée (35).

(31) G., II, §§ 59 à 61. — (32) G., II, § 61. — Comp. L. 9, D., *de rescind. vend.*, 18, 5. — (33) G., II, §§ 65 et 46. — (34) G., IV, §§ 132, 133. — (35) L. 8, pr., C., *De præscript trigenta* etc., 7, 39.

Digitized by Google

Le *possesseur de long temps* obtint ainsi, *jure prætorio*, une véritable propriété.

2° Conditions de la *præscriptio longi temporis*. — Ce sont les mêmes que celles de l'usucapion, sauf le délai qui est ici de dix à vingt ans. Dix ans entre présents, c'est-à-dire dans le cas ou le propriétaire et le possesseur sont domiciliés dans la même province ; — vingt ans entre absents. La règle de la jonction et de l'accession de possession fut introduite pour cette institution et étendue plus tard à l'usucapion (36).

3° Différences entre la *præscriptio l. t.* et l'usucapion.

La première ne fait acquérir que la propriété prétorienne ; — par un délai plus long ; — il faut que le possesseur fasse insérer dans la formule le moyen tiré de la *præscriptio ; secùs* pour l'usucapion ; — la *pr. l. t.* ne court pas contre certaines personnes (37) ; — la revendication du propriétaire l'interrompt, tandis qu'elle n'interrompt pas l'usucapion ; ce qui n'empêche pas d'ailleurs le défendeur, devenu propriétaire par usucapion pendant la durée du procès en revendication, d'être condamné à *retransférer* la propriété au revendiquant (38). — Y avait-il une autre différence, en ce que la *pr. l. t.* éteindrait l'hypothèque que l'usucapion laisserait subsister (39) ? Oui, mais il faut remarquer que la *pr. l. t.* n'éteint l'hypothèque que si les conditions requises sont réunies *à l'égard de l'hypothèque ;* que si par exemple le propriétaire est présent et le créancier hypothécaire absent, on prescrira par dix ans contre le premier et par vingt ans seulement contre le second (40) ; qu'il faudra être de bonne foi à l'égard de l'hypothèque, c'est-à-dire en ignorer l'existence, etc.

A quoi servait la *præscriptio l. t.*, puisque le délai de l'usucapion était plus court ? Elle servait aux péré-

(36) J., II, 1, § 12. — L. 76, § 1, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 11, D. *De diversis temp. præs.* 44, 3. — L. 2, § 20, *Pro empt.*, D., 41, 4. — (37) L, 3 et 4, C., *Quibus non objicitur*, 7, 35. — (38) L. 26, C., *De reiv.*, 3, 32. — L. 2, L. 10, C., *De pr. l. temp.*, 7. 43. — Voy. note 94 *infra*. — (39) L. 44, § 5, D., h. t. — L. 3, § 1, L. 12, D., *de div. temp. præs.*, 44, 3. — L. 1, 2, C., *Si adversus cred.*, 7, 36. — (40) L. 5, § 1, D., *de div. temp. præs.*, 44, 3. — L. 25, C., *De fidej.*, 8, 41. — L. 2, C., *Si adv. cred.*, 7, 36. — L. 12, § 1, C., *De præs. longi temp.*, 7, 33.

Digitized by Google

grins, s'appliquait aux fonds provinciaux, et opérait contre les hypothèques.

Fusion de la *præscriptio* et de l'usucapion réalisée sous Justinien par suite de l'assimilation des fonds provinciaux aux fonds italiques et de l'unification du droit de propriété (41).

III. De l'usucapion ou prescription sous Justinien.

Sous Justinien il y a trois sortes de prescription :

a) *Præscriptio longi temporis,* prescription acquisitive ordinaire, ou usucapion.

b) *Præscriptio longissimi temporis* (de trente ans), prescription *acquisitive* extraordinaire, au profit du possesseur de bonne foi lorsqu'il lui manque une des conditions de la *præscriptio ordinaire.*

c) Enfin une autre *præscriptio longissimi temporis,* au profit du possesseur, même de mauvaise foi. Mais cette dernière n'est pas acquisitive ; elle a seulement pour effet d'éteindre l'action en revendication du véritable propriétaire.

1° *Prescription acquisitive ordinaire (præscriptio longi temporis ou usucapion).*

CONDITIONS REQUISES

A) *Res habilis.* — Choses qui ne peuvent être usucapées. *a*) Meubles volés, et immeubles possédés par violence (42). Cette prohibition est sans importance pour le voleur ou le possesseur violent qui ne peuvent usucaper pour d'autres raisons, mais elle s'applique à leurs acquéreurs de bonne foi. Dès lors l'usucapion des meubles est très rare, car il est difficile que le propriétaire en soit dépouillé sans qu'il y ait vol, cependant cela se produit toutes les fois que le détenteur de la chose d'autrui l'aliène sans intention frauduleuse ; ex. : l'héritier du dépositaire, ignorant le dépôt, vend et livre comme sienne la chose déposée. Autres cas (43). — Le vice de la chose volée est effacé lorsqu'elle est revenue aux mains du propriétaire (44). *b*) Les biens du fisc et du prince (45). *c*) Les immeubles des

(41) L. 8, C., *De præs. trigenta*, 7, 39. — L. *Unica*, C., *De usucap. transform.*, 7, 31. — L. *Unica*, C., *De nudo jure Quir. tol.*, 7, 25. — L. 12, C., *De præsc. long. temp.*, 7, 33. — (42) J., § 2. — G., II, §§ 45 et s. — (43) J., § 4 et 5. — G., II, § 50. — L. 4, D., *Pro derelicto*. 41, 7. — L. 57, *Mandati*, D., 17, 1. — L. 36, § 1, D., h.t. — (44) L. 2, § 12, D., h.t. — L. 86, D., *De furtis*, 47, 1. — (45) J., § 9

Digitized by Google

églises, etc. *d*) Les choses dont la loi prohibe l'aliénation, notamment le fonds dotal (46). *e*) Les biens des pupilles, mineurs etc., aliénés sans les formalités prescrites. *f*) Les dons reçus par un magistrat contrairement à la loi *Julia repetundarum*, etc. (47).

B) *Justus titulus*. Fait juridique motivant l'acquisition. — *Quid* du titre putatif? — *A priori*, il faut reconnaître que celui, par exemple, qui a réellement acheté et payé son prix est plus digne d'intérêt que celui qui croit par erreur que son auteur a acheté et payé. Si l'on admet qu'il n'est pourtant pas indigne d'intérêt, il le sera alors plus ou moins selon que son erreur sera plus ou moins excusable. Cela explique les controverses entre les jurisconsultes romains, controverses qui portaient sur des cas particuliers et non sur la question générale. Justinien ne tient pas compte du titre putatif. Cette décision rigoureuse a moins d'inconvénients depuis que l'on peut prescrire sans titre par trente ans (48). Quels sont les cas dans lesquels les jurisconsultes romains avaient admis ou rejeté le titre putatif ? — L'erreur de droit ne peut être invoquée (49). L'erreur de fait peut fonder l'usucapion lorsqu'elle porte sur le fait d'autrui (50), lorsqu'un débiteur apparent paie au créancier apparent (51), lorsque le tradens est incapable (52), lorsque le titre avait été annulé ou révoqué, (controverses) (53), lorsque le titre ne s'appliquait pas à la personne qui usucape si son erreur est excusable (54), lorsqu'on a possédé plus d'objets que le titre n'en comprenait réellement (55). Dans tous les autres cas le titre putatif ne peut fonder l'usucapion ; exemples (56).

(46) C. civil, art. 1567. — (47) L. 48, pr., D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — N. 119, cap. 7. — (48) J., § 11. — L. 24, C., *De reiv.*, 3, 32. — L. 22, C., *Fam. ercis.*, 3, 36. — L. 3, C., *Pro donato*, 7, 27. — L. 5, C., *de præs. long. temp.*, 7, 33. — Code civil, art. 550 et 2265. — Troplong, *Prescription*, nº 872. — (49) L. 31, pr., L. 13, § 1, D., h. t. — L. 4, D , *De juris et facti ignor.*, 22, 6. — L. 2, §§ 15 et 16, D., *Pro emptore*, 41, 4. — (50) L. 11, D., *Pro empt.*, 41, 4. — L. 5, § 1, D., *Pro suo* 41, 10. — (51) L. 48, D., h. t. — L. 2, pr., D., *pro empt.*, 41, 4. — L. 3, D., *pro suo*, 41, 10. — (52) L. 13, § 1, D., h. t. — L. 2, §§ 15 et 16 D., *Pro empt.*, 41, 4. — L. 67, *De jure dot.*, D., 23. 3. — L. 1, § 4, D., *Pro dote*, 41, 9. — (53) L. 4 et 9, D., *Pro legato.*, 41, 8. — (54) L. 4, D., *eod.* — (55) L. 2, § 6, D., *Pro empt.*, 41, 4. — L. 3, D., *Pro herede*, 41, 5. — (56) L. 6, D., *Pro derelicto*, 41, 7. — L. 3, D., *Pro legato*, 41, 8. — L. 48, L. 27, D., h. t., etc.

Digitized by Google

Énumération des différents titres auxquels on peut posséder et usucaper.

a) *Pro emptore*. Vente faite par un non-propriétaire. Cas dans lesquels on usucape *pro emptore* (57). En cas de vente sous condition suspensive, l'usucapion ne commence qu'au moment où la condition s'accomplit (58). Il y a des règles spéciales quant aux moments où la bonne foi est requise (renvoi plus bas).

b) *Pro dote*. Dot constituée par un non-propriétaire. Il y a usucapion *pro dote* lorsque des objets non-estimés ont été remis en dot au mari ; il ne les usucape *pro dote* qu'après le mariage, mais il peut les usucaper *pro suo* dès la tradition si elle n'a pas été subordonnée à la condition *si nuptiæ sequantur* (59).

c) *Pro donato* (60). Donation faite par un non-propriétaire. Quelques jurisconsultes avaient pensé qu'il fallait ici que la bonne foi persistât jusqu'à l'accomplissement de l'usucapion (61).

d) *Pro legato*. Legs fait par un non-propriétaire. En principe, il fallait qu'il y eût réellement un legs et que le légataire fût capable de le recevoir (62). *Quid* du titre putatif ? (Voy. notes 53 et 54 *suprà*).

e) *Pro derelicto* (63). Abandon fait par un non-propriétaire (Voy. note 56 *supra*).

f) *Pro transactione* (64). 2 hypothèses : 1° On usucape sans aucun doute le bien remis par un non-propriétaire pour obtenir de son adversaire l'abandon de ses prétentions sur la chose litigieuse (65). 2° Mais celui à qui la chose litigieuse est abandonnée l'usucape-t-il en supposant qu'elle n'appartînt ni à lui ni à son adversaire ? Oui en droit romain (65), malgré quelques auteurs. Solution contraire admise généralement, mais à tort, en droit français (66).

(57) V., § III. — L. 1, D., *Pro empt.*, 41, 4. — (58) L. 2, § 1, L. 3 et 4, D., *eod.* — (59) L. 1, § 2, D., *Pro dote*, 41, 9. — V., § 111. — (60) D., *Pro donato*, 41, 6, *passim*. — (61) Voyez plus bas note, 83. — (62) L. 2, L. 7, D., *Pro legato*, 41, 8. — (63) D., *Pro derelicto*, 41, 7. — (64) C., *Pro emptore vel transactione*, 7, 26. — (65) L. 29, D., h. t. — (66) Aubry et Rau, § 218. — Troplong, *Prescription* II, n° 882.

Digitized by Google

g) *Pro judicato*. Obéissant à la sentence du juge, le défendeur me livre un bien dont il n'est pas propriétaire (67). Controverses en droit français (68).

h) *Pro noxæ deditione* (69).

i) *Pro soluto*. Réception en paiement d'une chose qui n'appartenait pas au débiteur (70).

j) *Pro suo*. Ce titre devrait être général et comprendre tous les autres (71), mais on n'emploie cette expression que lorsqu'il est impossible de donner au titre un autre nom. Exemples : usucapion par le mari, avant le mariage, des choses données en dot sans estimation (72) ; usucapion de l'enfant de l'esclave volée (73) ; usucapion des choses acquises par voie d'échange, ou de partage, qui est un échange (74) ; *secùs* en droit français, le partage étant censé déclaratif (75). Enfin on usucape *pro suo* toutes les fois qu'on usucape en vertu d'un titre putatif (76). Cependant, selon nous, l'héritier qui par erreur prend possession de choses non comprises dans l'hérédité, usucape *pro herede* et non *pro suo* même sous Justinien (77).

C) *Bona fides*. Erreur de fait consistant, en cas de tradition, à croire le *tradens* propriétaire et capable, et, dans les autres cas, à croire qu'on est devenu propriétaire (78).

1° A quel moment la bonne foi était-elle exigée ? La bonne foi n'est requise en principe qu'au moment de l'acquisition de la possession (79). Mais en matiere de vente il fallait encore que l'acheteur fût de bonne foi au moment de la vente (80). C'était probablement parce que celui qui sait que la chose est à autrui au moment où il l'achète ne peut exiger que le vendeur l'en rende propriétaire, ni

(67) L. 3, § 1, D., *De pub. in. rem.*, 6. 2. — (68) Aubry et Rau, § 218, note 5. — (69) L. 3, § 24, D., *De adq. pos.*, 41 2. — Voy. plus haut note 13. — (70) L. 46, D., h. t. — (71) L. 1, D., *Pro suo*, 41, 10. — (72) Voy. note 59 *supra*. — (73) L. 4, § 18, D., h. t. — L. 4, D., *Pro suo*, 41. 10. — L. 42, D., *De evict.*, 21, 2. — (74) L. 4, § 1, D., *Pro suo*, 41, 10. — L. 17, D., h. t. — L. 17, pr., D., *De Publ. in rem.* 6, 2. — (75) Troplong, *Prescription*, t. 2, n° 886. — (76) L. 3, L. 4, § 2, D., *Pro suo*, 41, 10. — L. 27, D., h. t. — (77) Voy. note 55, *supra*. — *Contra* Accarias, § 244, note 2, Maynz, § 199, note 47. — (78) L. 44, § 4, D., h. t. — L. 2, § 2, D., *Pro emptore*, 41, 4. — Voy. aussi L. 25, L. 3, § 10, D., *De donat. inter*, 24, 1. — L. 3, D., *Pro donato*, 41, 6. — (79) L. 15, § 3 ; L. 48, D., h. t. — (80) L. 2, D., *Pro emptore*, 41, 4. — L. 10, pr., L. 48, D., h. t. — L. 7, § 17, D., *De pub. in rem*, 6, 2.

Digitized by Google

même en principe demander garantie s'il est évincé (81). Dans ces conditions, s'il ne convient pas expressément qu'on le rendra propriétaire, c'est qu'il a une intention coupable, celle d'usucaper au détriment du propriétaire véritable en cachant sa mauvaise foi ; il est dès lors indigne d'usucaper, quand bien même il croirait au moment de la tradition de la chose, que son vendeur en avait acquis la propriété (renvoi à la vente). Il n'était pas nécessaire que le prix eût été payé (82).

Il n'était pas nécessaire que la bonne foi persistât pendant toute la durée de l'usucapion (si ce n'est peut-être dans l'ancien droit, en cas de donation) (83). *Secùs* en droit canonique (84).

2° Chez qui la bonne foi était-elle exigée ? Chez celui qui va usucaper (85), sauf en matière de pécule ; on considère alors la bonne foi de l'esclave, et l'usucapion commence à dater de la tradition, encore bien que le maître ignore cette acquisition, ou qu'il soit de mauvaise foi au moment où il l'apprend (86).

D) *Possessio*. Il faut posséder la chose dans son individualité propre (87). Il faut que la possession soit continue.

a) De l'interruption de la possession. — 1° Interruption naturelle par la perte de la possession (*usurpatio*) (88). L'usucapion est alors définitivement interrompue ; si donc plus tard on reprend possession de la chose, c'est une nouvelle usucapion qui commence, et la bonne foi est de nouveau requise (89). *Secùs* en droit français, si l'interruption n'a pas duré un an (90). Telle n'était pas la règle

(81) L. 30, § 1, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 28, C., *De evict.*, 8, 45. — (82) L. 8, D., *De publ. in rem*, 6, 2. — *Contra* Pellat, Propriété, p. 522. — (83) Art. 2269 C. civil. — L. 15, § 2 ; L. 43, D., h. t. — L. 11, § 3, D., *De publ.*, 6, 2. — L. *unica*, § 3, C., *De usucap. transf.*, 7, 31. — L. 11, C., *De præscrip. long. temp.*, 7, 33. — (84) Cap. 5, 20, extra. *De præscriptionibus*, 2, 26. — (85) L. 47. D., h. t. — (86) L. 47, D., h. t. — L. 2, § 11 et 3. D., *Pro empt.*, 41, 4. — L. 49, § 2, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — L. 1, C., *eod.*, 7, 32. — (87) L. 23, § 7, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 7, § 10, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 30, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (88) L. 15, § 2, D., h. t. — (89) L. 7, § 1, D., *Pro empt.*, 41, 4. — (90) C. civil, art. 2243.

Digitized by Google

romaine (91). — 2° Interruption civile. Sous Justinien, la demande en justice interrompt l'usucapion (controverse) (92), comme elle interrompait la *præscriptio longi temporis* prétorienne (93); il en était autrement pour l'ancienne usucapion (94).

b) De la suspension de la prescription au profit de certaines personnes (95).

c) De la continuation par l'héritier de la possession du *de cujus* (jonction de possession). On admit que la possession du défunt profiterait à l'héritier, mais, comme il continue la personne du défunt, il continue aussi sa possession avec ses caractères initiaux (de bonne ou de mauvaise foi) (96).

d) De l'accession de possession. Le successeur à titre particulier profitera de la possession de son auteur, si cet auteur avait juste titre et bonne foi, et à la condition d'avoir lui-même juste titre et bonne foi ; d'ailleurs la mauvaise foi de son auteur ne l'empêche pas ici (à la différence du cas de continuation de possession) de profiter de sa propre possession si elle a les conditions requises (97).

E) *Tempus*. Durée de la possession. — Délai de dix à vingt ans pour les immeubles et de trois ans pour les meubles (98). Le délai se compte de jour à jour (99). On ne compte pas le premier jour, mais le dernier est réputé accompli dès qu'il est commencé (100). En cas de prescription extinctive, au contraire, il fallait que le dernier jour fût entièrement expiré (101). En droit français on applique cette dernière règle même à la prescription acquisitive, mais en ne comptant pas le premier jour, comme en droit romain dans la prescription acquisitive (102).

(91) Voy. note 89. — L'art. 2243 découle de la fausse interprétation de la L. 17, pr., D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (92) L. 3, § 1, C., *De annali except.*, 7, 40. — N. 119, cap. 7. — *Contrà*, J., IV, 17, § 3; Theoph. III, 18, § 1. — (93) Voy. *suprà*, note 38. — (94) L. 18, 20., 21, D., *de reiv.*, 6, 1. — (95) C., *Quibus non objicitur*, etc., 7, 35. — (96) J., § 2, h. t. — Voy. pour l'hérédité jacente : L. 40, D., h. t. — (97) L. 2, § 17, D., *pro empt.*, 41, 4. — J., § 3, h. t — L. 13, §§ 4 et 5., D., *De adq. poss*, 41, 2. — (98) Voy. *suprà*, *Præscriptio longi temp.* — L. 12, C., *De præscript. long. temp.*, 7, 33. — N. 119, cap. 7 et 8 — C. civil, art. 2265, 2266. — (99) L. 6, D., h. t. — (100) L. 15, pr., D., *De div. temp. præscript.*, 43, 3. — (101) L. 6, D., *De oblig. et act.*, 44, 7. — (102) Aubry et Rau, § 212.

Digitized by Google

EFFETS DE L'USUCAPION ACCOMPLIE

Le possesseur acquiert la propriété ; le propriétaire perd toute action contre lui à raison de la chose, des fruits ou du part de la femme esclave. Mais la chose reste grevée de servitudes ou d'hypothèques, si les premières ne sont pas éteintes par non-usage et si l'on n'a pas prescrit contre les secondes. L'usucapion donne une efficacité complète au titre en vertu duquel on a acquis du *non dominus*. Conséquences (103).

2° *Prescription acquisitive extraordinaire.* (*Præscriptio longissimi temporis*).

Cette prescription exige la bonne foi, mais on est dispensé de prouver le juste titre. Elle s'accomplit par trente ans en principe, et par quarante ans s'il s'agit de biens du prince, des églises ou établissements de bienfaisance. Elle s'applique aux choses dont l'usucapion ordinaire est prohibée, sauf le fonds dotal et le pécule adventice. Elle fait acquérir la propriété, son effet n'est pas limité à l'extinction de l'action en revendication du propriétaire, comme le pensent certains auteurs (104).

3° *Prescription extinctive.* Après trente ans le possesseur du bien d'autrui et le tiers détenteur du bien hypothéqué, même s'ils sont de mauvaise foi, peuvent repousser l'action du propriétaire ou du créancier hypothécaire, mais ils n'acquièrent pas pour cela la propriété, et n'ont pas la revendication s'ils viennent à perdre la possession (105).

APPENDICE

De l'usucapion des choses aliénées par le fisc (106). Édit de Marc-Aurèle (107). Constitution de Zénon (108). Extensions de Justinien (109). En définitive l'acquéreur

(103) L. 66, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — V., § 12. — L. 1, § 3, D., *De rer. permut.*, 19, 4. — L. 13 ; L. 23, D., *De mort. causa donat.*, 39, 6. — (104) L. 8, § 1, C., *De præscriptione trigenta vel quadr. an.*, 7, 39. — (105) L. 8 et 3, C., *eod.* — (106) J., § 14, h. t. — (107) L. 3, C., *Si ad. fisc.*, 2, 37. — (108) L. 2, C., *De quadr. præscript.*, 7, 47. — (109) L. 3, C., *eod.*

Digitized by Google

de la chose d'autrui aliénée par le fisc, l'empereur ou l'impératrice, devient *immédiatement* propriétaire, sauf le recours que le véritable propriétaire peut exercer pendant quatre ans contre le fisc, etc.

§ 4. — DE DIVERS CAS D'ACQUISITION *lege*.

Premier cas : de l'accession (D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — J., II. 1).

I.—*Notions générales*. On entend par accession l'acquisition de la propriété d'une chose par suite de son union avec une autre chose qui nous appartient. — Dans le système que nous adoptons, l'accession n'est jamais un mode *spécial* d'acquisition de la propriété ; car, en cas d'union de deux choses, l'acquisition, lorsqu'elle a lieu, se produit généralement en vertu de la loi (*lege*). Dans ce cas s'élève la question de savoir si une indemnité est due à celui qui perd sa chose. Dans les hypothèses que nous allons examiner, y a-t-il acquisition de propriété et en cas d'affirmative quel est le *modus adquirendi ?* Quatre systèmes :

1er système. Il y a toujours acquisition, et le *modus adquirendi* est l'accession (1).

2e système. — Il n'y a pas toujours acquisition, et quand on acquiert c'est par occupation ; la chose accessoire devenant *res nullius* par suite de sa jonction avec la chose principale (2).

3e système. — Il n'y a jamais d'acquisition de propriété (3).

4e système. —Il y a quelquefois acquisition, et le *modus adquirendi* est, en général, *la loi;* — dans un cas particulier seulement (*spécification*), c'est *l'occupation*.

Notions élémentaires sur les actions en droit romain et leurs divisions : 1° Actions *in rem* (ex. : *rei vindicatio*), actions *in personam ;* en particulier de l'action *ad exhibendum,* de l'action *communi dividundo*, de la *condictio,* et spécialement de la *condictio furtiva*. 2° Actions arbitraires ou non ; toutes les actions *in rem* et quelques actions *in personam*, comme l'action *ad exhibendum* sont

(1) C. civ., art. 547 à 578. — Pothier, *Traité du domaine de propriété*, n° 150 à 193. — L. 19, § 3, D., *De auro, argento*, etc., 34, 2. — (2) Ortolan, Bodin. — (3) Ducauroy.

Digitized by Google

arbitraires. 3° Actions *rei persequendæ*, actions *pænæ persequendæ*. Intérêt de cette division pour le cumul des actions. De l'action *furti* en particulier.

II. — Des cas dans lesquels on dit qu'il y a accession.

A. Accession a un immeuble (6 cas).

1° Du lit du fleuve. — Le lit des fleuves appartient aux propriétaires des champs riverains, pourvu que ces champs soient des *arcifinii* (4). Lorsque le lit du fleuve se déplace à droite ou à gauche, il augmente ou diminue les propriétés riveraines. Le mode d'acquisition est la loi. — Le lit abandonné appartient par moitié à chacun des riverains (5); il n'y a pas alors acquisition de propriété puisqu'ils étaient déjà propriétaires de ce lit. Si le fleuve revient à son ancien lit, le lit abandonné appartient toujours aux riverains de ce lit (6). En cas de simple inondation, la propriété n'est pas modifiée (7). Si les champs riverains sont des *agri limitati*, tout ce que le fleuve abandonne est *res nullius* (8).

2° Des îles (9). — L'île formée dans un fleuve est *res nullius* si les champs riverains sont des *agri limitati ;* s'ils sont des *arcifinii*, elle appartient aux riverains les plus proches (10). Il n'y a pas ici d'acquisition de propriété. Cas de deux îles; explication des textes (11). Mais les variations du fleuve font acquérir aux riverains (*lege*) une portion plus ou moins considérable de son lit. — Le champ devenu île reste à son propriétaire (12). Les îles flottantes sont choses publiques comme les fleuves (13).

3° De l'*alluvion* et de l'*avulsion*. — Définition de l'*alluvion* (art. 556 et s. C. civil). L'alluvion déposée contre un *ager limitatus* est *res nullius* (14). Elle appartient au contraire au propriétaire de l'*arcifinius* (15). Il n'y a ici

(4) L. 16; L. 38; L. 56, D., h. t. — (5) J., § 23, h. t. — L. 1, § 7, D., *De flum.*, 43, 12. — Comp. C. civil, art. 563. — (6) L. 38; L. 30, § 3, D., h. t. — L. 23, D., *Quib. mod. usus f.*, 7, 4. — J., § 23. — (7) J., § 24. — (8) L. 1, § 7, D., *De flum.*, 43, 12. — (9) J., § 22. - G., II, § 72 — C. civ., art. 560, 561, 562. — (10) L. 1, § 6, D., *De flum.*, 43, 12. — L. 7, § 3, D., h. t. — (11) L. 65, § 3; L. 56, pr., § 1, D., h. t. — (12) J., § 22. — L. 30, § 2, D., h. t. — (13) L. 65, § 2, D., h. t. — (14) Arg. L. 1, §§ 6 et 7, D., *De flum.*, 43, 12. — (15) J., § 20. - G., II, § 70.

Digitized by Google

aucune acquisition de propriété, le riverain étant déjà propriétaire du lit sur lequel l'alluvion s'est déposée (16). Réfutation des systèmes contraires. La diminution des étangs n'opère aucun changement de propriété (17).

De l'*Avulsion* (18). — Portion reconnaissable d'un champ entraînée par le fleuve contre le fonds voisin. Revendication possible tant que la terre ne s'est pas unie au fonds, de manière à devenir méconnaissable. De même dans le cas où une portion du fonds supérieur s'est éboulée sur le fonds inférieur (*crusta*) (19). Il n'y a point dans ces hypothèses d'acquisition de propriété ; le voisin étant propriétaire du dessous, son fonds s'est trouvé seulement exhaussé.

Remarque : Dans tous ces cas, la perte de terrain étant la conséquence d'une force majeure, il n'y a pas lieu à indemnité.

4° Des *constructions*. — Règle : *Superficies solo cedit* (20) ; deux hypothèses.

1re hypothèse. — Le propriétaire du *sol construit avec les matériaux d'autrui* (20 *bis*). Il est propriétaire de l'édifice, mais non des matériaux ; leur propriétaire ne peut intenter en principe ni la revendication, parce qu'ils n'existent plus *en tant que matériaux*, ni l'action *ad exhibendum*, par suite d'une disposition de la loi des XII tables (21). Quelles actions étaient possibles entre parties ?

1er cas. — *La maison n'est pas démolie*. — 1° *Tignum furtivum* (matériaux volés) ; action *de tigno juncto* au double contre le propriétaire du sol même de bonne foi. 2° S'il est de mauvaise foi, il est encore exposé soit à l'action *ad exhibendum*, soit à l'action en revendication, quoiqu'il ne possède plus les matériaux *comme tels*, mais parce qu'il a cessé de les posséder par son dol (22). Ces actions ne peuvent se cumuler, d'après Justinien, avec l'action *de tigno*

(16) L. 30, § 1, D., h. t. — (17) L. 12, pr., D., h. t. — L. 69, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — C. civ., 558. — (18) J., § 21. — G., II, § 71. — L. 7, § 2, D., h. t. — Code civ., 559. — (19) L. 9, § 2, D., *De damno infecto*, 39, 2. — (20) G., II, § 73. — J., § 29. — (20 *bis*) J., § 29; C. civ. 554. — (21) J., § 29. — L. 1 et 2. D., *De tigno juncto*, 47, 3. — Festus, v° *Tignum*. — (22) L. 1, *in fine*, D., *De tigno juncto*, 47, 3. — L. 98, *in fine*, D., *De solut.*, 46, 3. — L. 29, § 6, D., *De reiv.*, 6, 1.

Digitized by Google

juncto qui serait alors un action mixte (23). 3° Si le propriétaire du sol est l'auteur du vol, il est aussi, et cumulativement, exposé à l'action *furti*.

b) *Tignum non furtivum*. Point d'action *de tigno juncto* (24). 1° Si le propriétaire du sol est de bonne foi, action *in factum* probablement (analogie avec le cas d'*adjonction*). 2° S'il est de mauvaise foi, action *ad exhibendum*, ou *reivindicatio* (25). Il n'usucape d'ailleurs jamais les matériaux, même si la maison reste debout pendant le délai de l'usucapion, parce qu'il ne les possède pas en tant que matériaux (26).

2° cas. — *La maison est démolie*. Le propriétaire des matériaux peut les revendiquer (27). Donc il n'y a eu aucune mutation de propriété.

2° HYPOTHÈSE. — Le propriétaire des matériaux a construit sur le sol d'autrui (28). Le propriétaire du sol devient en tous cas propriétaire de l'édifice, comme dans le cas précédent, mais de plus, si le constructeur était de mauvaise foi, on décida d'abord qu'il perdrait même la propriété des matériaux (*donasse videtur*) (29). Mais plus tard on admit qu'il conserverait la propriété des matériaux et pourrait les revendiquer après la démolition de l'édifice (30), droit qui fut toujours reconnu au constructeur de bonne foi. Il n'y a donc aucune acquisition de la propriété des matériaux.

Actions possibles entre parties (question d'indemnité).

1er cas. — *Le constructeur était de bonne foi*. Distinguons: *a*) Il possède l'immeuble. A la revendication du propriétaire, il oppose alors l'exception *doli mali* et exerce ainsi le droit de retention pour se faire indemnisér (30 *bis*). Examen général des indemnités auxquelles le possesseur de bonne foi peut avoir droit pour ses impenses ; distinction des diverses impenses (31).

(23) J., § 29, *in fine*. — *Contrà*, L. 2, D., *De tigno juncto*, 47, 3. — (24) L. 1, pr., D., *De tigno juncto*, 47, 3. — L. 63, D., *De donat. inter.*, 24, 1. — (25) L. 23, § 6, D., *De reiv.*, 6, 1. — (26) L. 23, § 7, D., *eod.* — L. 7, § 10, D., h. t. — L. 30, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (27) J., § 29, *in fine*. — (28) J., § 30. — G., II, § 73. — C. civ., 555. — (29) J., § 30. — L. 7, § 12. D., h. t. — (30) L. 2, C., *De reiv.*, 3, 32. — (30 *bis*) J., § 30. — G., II, § 76. — (31) U., VI, §§ 14 et suiv.

Digitized by Google

1° Il a droit au remboursement intégral des impenses nécessaires (32).

2° Impenses utiles. α) On peut les enlever. Alors, si le propriétaire les eût faites, il doit payer au possesseur soit la dépense, soit la plus-value (32 *bis*). Si le propriétaire ne les eût pas faites, il peut, ou les garder en payant comme ci-dessus, ou les laisser enlever par le possesseur ; et même le possesseur peut être obligé de se contenter du prix qu'il retirerait des matériaux enlevés ; il ne lui est pas permis de les enlever par malice (*malitiis non est indulgendum*) (33). β) Si les impenses ne peuvent être enlevées (exemple : éducation donnée à un esclave) et que le propriétaire n'eût pas fait cette dépense, il ne devra rien rembourser (34). Remarques : le propriétaire n'est jamais dispensé de rembourser les impenses lorsqu'il n'a pas l'intention de garder sa chose, mais de la vendre et de profiter ainsi de la plus-value (35) ; le propriétaire qui rembourse les impenses retient toujours sur leur montant la valeur des fruits acquis par le possesseur (36).

b) *Le possesseur qui a fait les impenses ne possède plus.* A-t-il une action contre le propriétaire qui possède, pour se faire indemniser ? Controverse. — Nous croyons qu'il n'avait aucune action (37) : ni la *condictio indebiti* (38), parce qu'en restituant la chose il n'a pas fait un *paiement ;* ni la *condictio sine causa* (40), parce qu'il n'y a dans notre hypothèse aucune transmission de propriété ; ni l'action de gestion d'affaire utile (41), parce que le possesseur n'avait pas l'intention de gérer l'affaire d'autrui (42); ni la *publicienne* avec réplique de dol opposée à l'exception *justi dominii* du propriétaire, à cause du silence des textes, quoiqu'on puisse hésiter sur ce dernier point (42 *bis*).

(32) Arg. L. 65, D., *De reiv.* 6, 1. — L. 3 C., *eod.*, 3, 32. — (32 *bis*) L. 38, D., *De reiv.*, 6, 1. — (33) L. 38 ; L. 27, § 5, D., *eod.* — (34) Mêmes textes et L. 29, D., *eod.* — (36) L. 48, D., *eod.* — (37) Même texte et L. 14, D., *De doli mali except.*, 44, 4. — (38) Voy. cep. *contrà* Cujas et arg. L. 40, § 1, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (39) L. 33, D., *eod* — (40) Voy. cep. *contrà*, Cujas et arg. L. 206, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 23 ; L. 32, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (41) *Contrà*, Pothier, Pand. h. t. — Ortolan, t. 2, Append. IV et arg. L. 6, § 3, D., *neg. gest.*, 3, 5. — L. 49, *in fine*, D., *eod.* — L. 50, § 1, D., *De hereit. pet.* 5, 3. — (42) L. 14, § 1, D., *Comm. div.*, 10, 3. — Voy. Accarias, II, § 656 *in fine*, note 1. — (42 *bis*) *Contrà* arg. L. 21, D., *Ad Snc. Trebell.*, 36, 1. — Voy. L. 1, § 11. D., *Ad leg. Fal.*, 35, 2.

Digitized by Google

3° Quant aux impenses voluptuaires, le possesseur ne peut que les enlever *sine læsione prioris status rei.*

2e cas. — Le constructeur était de mauvaise foi. — Les jurisconsultes classiques, dont Justinien reproduit à tort la doctrine (43), ne lui permettaient que d'enlever ses impenses *sine læsione*, etc. (44). Mais Gordien l'autorisa à exiger, par voie de rétention, le remboursement de ses impenses nécessaires (45).

Critique de la disposition trop peu élastique de l'art. 555 du Code civil.

Remarque. Dans le cas des constructions, il n'y a jamais d'acquisition de la propriété des matériaux.

3e cas. — Le constructeur était détenteur en vertu d'un contrat de bonne foi; exemple : un locataire. Il peut répéter les impenses nécessaires, et les impenses utiles que le propriétaire aurait faites (46).

6° *Des plantations et des semailles.*

a) Plantations. — Première hypothèse : *L'arbre n'a pas encore pris racine;* point de mutation de propriété (48). — 2e hypothèse : *l'arbre a pris racine. Plantæ quæ terra coalescunt solo cedunt.* Il y a mutation de propriété. Actions possibles. 1° Le propriétaire du sol y a planté l'arbre d'autrui. Revendication *utile* (49) et action *furti,* le cas échéant. 2° Le propriétaire de l'arbre l'a planté sur le sol d'autrui. Exception de dol s'il possède dans le même cas que le constructeur (49 *bis*). Peut-être revendication utile s'il ne possède plus.

L'arbre placé sur la limite de deux héritages appartient au propriétaire du terrain dans lequel il plonge ses racines, ou devient commun s'il pousse ses racines dans les deux terrains, le tout sans indemnité (50). D'après un autre texte, le propriétaire voisin peut seulement forcer son voisin à couper les racines qui empiètent sur son terrain (51).

(43) J., § 30. — (44) L. 37, D., *de reiv.*, 6, 1. — (45) L. 5, C., *De reiv.*, 3, 32. — (46) L. 55, § 1, D., *locati*, 19, 2. — (47) J., § 31. — G., II, §§ 74, 75. — (48) L. 5, § 3, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 26, § 2, D., h. t. — (49) Mêmes textes. — (49 *bis*) G., II, § 76. — (50) L. 7, *in fine*, D., h. t. — J., § 31. — (51) L. 6, § 2, D., *Arb. furt. cæsarum*, 47, 7. — Comparez Code civil, 672.

Digitized by Google

En résumé, on peut dire qu'il n'y a pas à proprement parler d'acquisition, puisqu'on donne une revendication *utile* au propriétaire de l'arbre, et même dans le cas de l'arbre placé sur la limite, on peut dire qu'une fois qu'il s'est nourri des sucs d'un autre terrain, il est devenu un autre arbre, et une portion intégrante de ce terrain (51 *bis*).

b) Des semailles. — Le propriétaire des semences jetées dans le sol d'autrui ne peut plus les revendiquer parce qu'il est impossible de les retrouver, mais il se fait indemniser comme le constructeur (52).

B. — ACCESSION A UN MEUBLE

1° *Confusion* et *mélange*.

a) *Confusion* (53). — Il y a confusion lorsqu'on ne peut séparer les deux choses qui ont été unies.

Dans ce cas le produit de la confusion devient commun; il y a double acquisition; le *modus adquirendi* est la loi. Actions possibles de la part du copropriétaire *Primus* contre son copropriétaire *Secundus* auteur de la confusion. PREMIÈRE HYPOTHÈSE : *Secundus*, était de bonne foi. Action *communi dividundo* précédée, s'il y a contestation sur la propriété, de la revendication par *Primus* d'une portion indéterminée de la chose (54). 2e HYPOTHÈSE : *Secundus* était de mauvaise foi, mêmes actions, ou, si *Primus* le préfère, action *ad exhibendum* qui aboutira à des dommages-intérêts, la séparation étant impossible (55). Point de cumul entre ces actions. 3e HYPOTHÈSE : *Secundus* avait volé la matière de *Primus* : *conditio furtiva* (pas de cumul) et action *furti* (cumul) (56).

b) *Mélange*. Les deux matières peuvent être séparées. Il n'y a jamais d'acquisition de propriété. — 1re hypothèse: *Secundus* est de bonne foi, pas d'action *communi dividundo* mais revendication (57), précédée, s'il y a lieu, de l'action *ad exhibendum* pour faire opérer la séparation d'ailleurs possible ici. — 2e hypothèse : *Secundus* est de mauvaise foi : mêmes solutions. — 3e hypothèse : S'il a volé

(51 *bis*) L. 26, § 2, D., h. t. — (52) J., § 32. — G., II, § 76. — (53) J., § 27. — (54) L. 3, § 2 ; L. 4, D., *De reiv.*, 6, 1. — (55) L. 5, § 1, *in fine*, D., *eod.* — (56) L. 7, § 1, D., *De cond. furt.*, 13, 1. — (57) L. 5, § 1, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 19, § 1, D., h. t.

Digitized by Google

la matière de *Primus*, celui-ci peut encore intenter la *condictio furtiva* (pas de cumul), et l'action *furti* (cumul) comme ci-dessus. Dans ce cas, pas d'acquisition de propriété.

Cependant, dans une hypothèse exceptionnelle, que Justinien (58) a tort de citer comme exemple, il y a, *en fait*, acquisition de propriété *lege*.

2° *Spécification*. Transformation d'une matière par le travail de l'homme, et par suite création d'une chose nouvelle (*species*).

1er cas. — Le spécificateur a opéré exclusivement sur la matière d'autrui (59). Les Sabiniens attribuaient la propriété de la *species* au propriétaire de la matière; les Proculiens au spécificateur; une opinion moyenne (*media sententia*) consacrée par Justinien adopta la théorie proculienne dans le cas seulement où la matière ne pouvait être ramenée à son état primitif. La question discutée par les jurisconsultes romains était celle de savoir s'il y avait occupation. Cette idée seule peut expliquer la *media sententia*, d'après laquelle la *species* appartenait au spécificateur dans le cas seulement où la matière ne pouvant être ramenée à son état primitif n'existait plus juridiquement (*res extincta*) et où, par conséquent, la *species* devait être regardée comme *res nullius*, occupée par le spécificateur (59 *bis*).

Actions possibles entre parties.

a) Le spécificateur est déclaré propriétaire. — L'ancien propriétaire a contre lui, s'il a spécifié de bonne foi, une action *in factum* (60); l'action *ad exhibendum*, s'il était de mauvaise foi (61); enfin la *condictio furtiva* cumulée avec l'action *furti*, en cas de vol par le spécificateur (62).

b) Le spécificateur n'est pas déclaré propriétaire. — Alors, s'il était de bonne foi, le propriétaire a contre lui la revendication, mais le spécificateur peut se faire indem-

(58) J., § 28. — (59) J., § 25. — G., II, § 79. — L. 7, § 7, D., h. t. — (59 *bis*) L. 7, § 7; L. 26, pr., D., h. t. — L. 9, § 3, D., *Ad exhibendum*, 10. 4. — G., II, § 79. — (60) Arg. L. 23, § 5, *in fine*, D., *De reiv.*, 6, 1. (61) L. 12, § 3, D., *ad exhibendum*, 10, 4. — (62) J., § 25. — (63) Arg. J., §§ 33 et 34.

Digitized by Google

niser en opposant l'exception de dol (63). Il ne le pourrait pas s'il était de mauvaise foi, et on le forcerait, par l'action *ad exhibendum*, à détruire son travail (64). S'il avait volé la matière, on pouvait aussi intenter contre lui la *condictio furtiva* et l'action *furti*, cette dernière se cumulant d'ailleurs avec les autres.

2e cas. — Le spécificateur a employé en partie sa propre matière, en partie celle d'autrui. — La *species* appartient alors toujours au spécificateur, d'après Justinien (65). Mêmes actions que ci-dessus, lettre *a*). La spécification, dans ce cas, se distingue de la *confusion* et du *mélange* en ce qu'elle suppose une matière brute transformée par le travail (66).

3e De l'*adjonction* (67). — Union de deux choses, faite de manière qu'elles puissent se distinguer encore l'une de l'autre ; exemple : roue ajoutée à une voiture, peinture sur un tableau. Distinctions :

1er cas. — On peut séparer les deux choses. — Tant que dure leur réunion, le propriétaire de la chose principale (par exemple de la voiture) peut se dire propriétaire de la chose totale (voiture avec ses roues) et peut la revendiquer (68). Le propriétaire de la chose accessoire ne peut revendiquer cette chose qu'après en avoir fait opérer la séparation par l'action *ad exhibendum* (69). Il a en outre, en cas de vol, la *condictio furtiva* et l'action *furti* (70). On voit qu'il n'y a aucune acquisition ou perte de propriété, comme le ferait supposer le § 26 des Institutes, maladroitement copié sur le § 79 de Gaius qui traitait de la spécification.

Lorsqu'une chose a été jointe à une autre par une attache purement intellectuelle (animal réuni à un troupeau, par exemple), le propriétaire de la chose jointe peut la revendiquer sans intenter au préalable l'action *ad exhibendum* (71).

(63) Arg. J., §§ 33 et 34. — (64) Arg. mêmes textes et L. 12, § 3, D., *Ad exhibendum*, 10, 4. — (65) J., § 25, *in fine*. — (66) L. 5, § 1, D., *De reiv.*, 6, 1. — (67) J., § 26. — G., II, §§ 77 et 78. — (68) L. 23, § 5, D., *De reiv.*, 6, 1. — (69) Même texte et L. 7, §§ 1 et 2, D., *Ad exhib.*, 10, 4. — (70) J., § 26. — (71) Voy. note 68 *suprà*.

Digitized by Google

2e cas. — La séparation des deux choses est impossible ; trois hypothèses :

PREMIÈRE HYPOTHÈSE : *ferruminatio*. (Exemple : un individu prend le bras de ma statue pour l'ajuster à la sienne qui est du même métal, et la réunion parfaite s'opère sans interposition de soudure (72). Le propriétaire de la chose principale continue alors d'être propriétaire de la chose totale ainsi complétée. Mêmes actions que dans le cas où le spécificateur est déclaré propriétaire (73). L'acquisition (si tant est qu'il y ait ici acquisition) s'opère *lege*.

Dans le cas où la réunion aurait eu lieu au moyen d'une soudure (*plumbatura*), il n'y a aucune mutation de propriété ; mêmes actions que ci-dessus dans le premier cas d'*adjonction*.

2e HYPOTHÈSE : *écriture* (74). Le propriétaire du parchemin reste propriétaire du manuscrit ; mêmes actions que dans le cas du constructeur sur le sol d'autrui. Il est difficile de voir dans ce cas une acquisition de propriété.

3e HYPOTHÈSE : le *tableau*. Justinien, tranchant une ancienne controverse (75), attribue au peintre la propriété du tableau peint sur le bois ou la toile d'autrui (*tabula*). Actions possibles : le peintre, s'il a agi de bonne foi, et s'il ne possède pas, a la revendication *directe* contre celui qui était propriétaire de la *tabula*, mais serait repoussé par l'exception de dol s'il n'en payait la valeur. Le propriétaire de la *tabula*, si le peintre possédant le tableau ne lui paie pas la valeur de la *tabula*, a contre lui la revendication utile, repoussée d'ailleurs par l'exception de dol s'il ne paie pas au peintre de bonne foi la valeur de la peinture ; le peintre de mauvaise foi n'a droit à aucune indemnité (76). De là nous concluons que le peintre de mauvaise foi, s'il intentait la revendication, même en offrant le prix de la *tabula*, serait repoussé par l'exception de dol, et qu'il ne saurait éviter par cette offre la revendication utile du propriétaire de la *tabula* (77).

(72) L. 23, § 5. D., *De reiv.*, 6, 1. — Comp. L. 27, D., h. t. — (73) Voy. notes 60, 61, 62 *suprà*. — (74) J., § 33. — G., II, § 77. — L. 9, § 1, D., h. t. — (75) J., § 34. — G., II, § 78. — L. 9, § 2, D., h. t. — *Contrà* L. 23, § 3, D., *De reiv.*, 6, 1. — Theoph., § 33. — (76) Mêmes textes. — (77) Vinnius Inst., II, 34, *in fine*. — *Contrà* Accarias, § 251, *in fine*, note 2.

Digitized by Google

D'ailleurs le voleur est exposé à la *condictio furtiva* et à l'action *furti*.

L'acquisition par le peintre a lieu *lege*.

APPENDICE. — On peut reprocher aux articles 565 et suivants du Code civil d'être inutiles s'ils ne lient pas le juge, et, dans le cas contraire, d'avoir consacré une acquisition de propriété lorsque cela n'était pas nécessaire, les choses étant séparables (art. 566) ; mais les articles 571 et 572 contiennent des solutions nouvelles et heureuses.

Second cas : *De l'acquisition des fruits*. (D., *de usuris et fructibus*, 22, 1).

GÉNÉRALITÉS. — Le Code civil (1) range cette théorie parmi les cas d'accession. Les fruits sont tout ce que la chose est destinée à produire et à reproduire périodiquement. L'enfant de la femme esclave n'est pas un fruit (2). Fruits naturels, industriels et civils. Autres divisions. Fruits pendants ; ils font partie de la chose (3). Les fruits sont acquis soit par la *séparation*, soit par la *perception*. La perception est la séparation opérée par celui qui a droit aux fruits.

DES PERSONNES QUI ONT DROIT AUX FRUITS

I. Le propriétaire (4). — Le propriétaire, même simplement *bonitaire*, est propriétaire des fruits dès leur séparation (5). Il n'y a pas ici *d'acquisition* nouvelle, le fruit étant une portion de la chose (5 *bis*). Conséquence : l'hypothèque établie sur la chose frappe aussi les fruits qu'elle produit, du moins tant qu'elle reste aux mains du débiteur (6).

II. Le possesseur de bonne foi. — Il fait les fruits *siens* par la séparation (7). Mais il n'a pas droit aux produits qui

(1) Art. 547 à 551. — (2) J., § 37. — L. 27, D., *De hered. pet.*, 5, 3. — L. 68, pr., D., *De usuf.*, 7, 1. — Cicér., *De finibus*, 1, 4. — (3) L. 44, D., *De reiv.*, 6, 1. — (4) J., II, 1, § 19. — Code civil, art. 547. — (5) U., 19, § 20. — G., II, § 88. — L. 40, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — Arg. L. 66, D., *eod.* — (5 *bis*) L. 1, § 1, D., *De inspiciendo ventre*, 25, 4. — Voy. *contrà* J., § 19 et L. 6, D., *De adq. rer. dom.* 41, 1. — (6) L. 26, § 2 ; L. 29, § 1, D., *De pign.*, 20, 1. — L. 3, C., *In quib. causis*, 8, 15. — L. 1, C., *De partu pign.*, 8, 25. — Voy. *contrà* P., II, 5, § 2. — (7) L. 23, § 1, D., h. t. — L. 48, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — J., II, 1, § 3, *in fine*. — Theoph., *eod.* — L. 60, § 5, D., *locati*, 19, 2. — L. 4, § 19, D., *De usurp.*, 41, 3.

Digitized by Google

ne sont pas des *fruits*. Le *modus adquirendi* est ici la coutume, c'est-à-dire la loi. Le but est d'indemniser le possesseur de ses dépenses et de ses travaux : *pro cultura et cura*. On entend par possesseur de bonne foi celui qui remplit les conditions voulues pour usucaper (8). Mais il importe peu que la chose soit ou non susceptible d'usucapion (9). La bonne foi est exigée au moment de la séparation des fruits (10). Le possesseur fait siens tous les fruits et non pas seulement les fruits industriels (11). Mais il faut que les fruits soient séparés avant la *litis contestatio* de la revendication intentée par le propriétaire (12). Sous Justinien, il ne fait siens que les fruits consommés avant ce moment (12 *bis*). Mais il paraît certain qu'avant Dioclétien (13), à l'époque classique, le possesseur de bonne foi faisait siens même les fruits non consommés (14). En effet, avant Justinien, la question des fruits à restituer ne se posait dans l'action en revendication de la chose qu'à l'occasion des fruits exstants (15) ; les fruits consommés étaient réclamés au possesseur de mauvaise foi par une action personnelle spéciale, la *condictio furtiva* (16). Ces fruits consommés ne pouvaient d'ailleurs être demandés au possesseur de bonne foi par la *condictio sine causa*, comme constituant un enrichissement sans cause, d'abord parce que cet enrichissement manquait souvent (*lautiùs vixit*), et ensuite parce que, s'il existait, il n'était pas sans cause juridique (17), puisque, par hypothèse, le possesseur de bonne foi possède *ex justa causa* (18). — A l'origine, on attribuait les fruits exstants au possesseur de bonne foi

(8) J., § 35. — (9) L. 48, pr., § 1, D., *De adq. rer. dom.* 41, 1. — (10) L. 48, § 1 ; L. 23, § 1, D., *eod*, — Art. 550, C. civil, — *Contrà* L. 25, § 2, D. h. t. — (11) L. 48, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — *Contrà* L. 45, D., h. t. — (12) J., IV, 17, § 2, *in fine*. — (12 *bis*) J., § 35. — L. 22, C., *De reiv.*, 3, 32. — L. 4, D., *eod.*, 6, 1. — L. 4, § 19, D., *De usurp.*, 41, 3. — L. 48, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1, etc. — (13) L. 22, C., *De reiv.*, 3, 32. — (14) L. 48., D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 25, § 1, D., h. t. — Comparez surtout : L. 28, D., h. t. et J., II, 1, § 37. — (15) J., II, 1, § 26. — G., II, § 79, *in fine*. — (16) L., 3, C., *De condict. ex lege*, 4, 9. — L. 35, *in fine*, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — L. 4, § 2, D., *fin. reg.*, 10. 1. — L. 15, D., h. t. — L. 4, § 1, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — Arg. L. 1, C. Th., *De usuris rei judicatæ*, 4, 17. — (17) Arg. L. 22 *in fine*, D., *De hered. pet.*, 5, 3, et arg. L. 25, D., *De reb. cred.*, 12, 1, comparée à L. 2, D., *Pro legato*, 41. 8. — (18) Voy. note 8, *suprà*.

Digitized by Google

parce qu'il n'y avait pas d'autre moyen de l'indemniser des dépenses faites pour les produire (*pro cultura et cura*). Mais plus tard, quand on lui eut donné par l'exception de dol les moyens de se faire indemniser de toutes ses dépenses utiles ou nécessaires, il n'y eut plus aucune raison de lui donner la propriété des fruits exstants, c'était bien assez de lui laisser les fruits consommés. On l'obligea même à imputer sur ces fruits par lui perçus et consommés, les dépenses qu'il avait pu faire (19), et c'est ainsi que l'on arriva à la législation de Justinien. — Sous cet empereur on obtient du possesseur de *mauvaise foi*, et par la *revendication* même, les fruits consommés, qu'autrefois on lui eût réclamés par une action personnelle spéciale, la *condictio furtiva*, et même les fruits qu'il a négligé de percevoir (20). On ne saurait d'ailleurs expliquer le changement de législation relativement aux fruits exstants par l'influence du Snc. Jouventien (20 *bis*).

III. L'usufruitier et le fermier acquièrent les fruits par la perception (21). L'emphytéote les fait siens par la simple séparation parce qu'il est assimilé au propriétaire (22). Le mode d'acquisition pour l'usufruitier est la loi et non la tradition (23) ; pour le fermier, c'est la tradition (24). Intérêts de la question de savoir si l'on acquiert les fruits par la perception ou la séparation (25).

CHAPITRE II

DE L'EXTINCTION DE LA PROPRIÉTÉ

1° Modes absolus ; 2° Modes relatifs qui correspondent à une acquisition par autrui.

(19) L. 48, D., *De reiv.*, 6, 1. — (20) J., II, 1, § 35, et IV, 17, § 2. — (20 *bis*) Voy. Accarias, t. 1, p 165 — (21) J., II, 1, § 36. — L. 60, § 5, D., *locati*, 19, 2. — L. 25, § 1, D., h. t. — L. 78, D., *De reiv.*, 6, 1. — (22) L. 25, § 1. D., h. t. — (23) Arg. L. 28, pr., D., h. t. comparée à G., II, 41. — (24) L. 61, § 8, D., *De furtis*, 47, 2. — L. 6, D., *De donat.*, 39, 5. — (25) L. 13, D., *Quibus mod. usuf. am.*, 7, 4. — L. 60, § 5, D., *locati*, 19, 2. — L. 12, § 5, D., *De usuf.*, 7, 1.

Digitized by Google

CHAPITRE III

DES ACTIONS QUI PROTÈGENT LA PROPRIÉTÉ

(Renvoi au cours de seconde année.)

TITRE II

Des servitudes personnelles

GÉNÉRALITÉS. — Définition : *Servitus est jus rei alienæ impositum, quo quis aliquid pati aut non facere cogitur, sed non ut faciat.* Explication. Caractères des servitudes : elles doivent présenter une utilité pécuniairement appréciable ; être établies sur la chose d'autrui ; ne pas obliger le propriétaire du fonds asservi à un acte positif. Elles sont des démembrements du droit de propriété ; elles sont en principe incessibles (1).

Divisions des servitudes. — Servitudes *causales*, servitudes *formelles*. Les servitudes formelles sont seules de véritables servitudes ; mais on peut, par l'esprit, analyser les divers éléments de la propriété (ex. : *jus utendi, jus fruendi*) et considérer chacun de ces éléments comme une servitude que l'on nomme alors *causale* (2). — Servitudes *personnelles*, servitudes *réelles*. — Les premières consistent dans l'attribution *à une personne déterminée* d'une partie des avantages compris dans la propriété d'une chose mobilière ou immobilière ; les secondes attribuent une partie des avantages compris dans la propriété d'un *immeuble* à tous les propriétaires présents ou futurs d'un *immeuble* voisin (3). Les servitudes *person-*

(1) L. 15, D., *De servit.*, 8, 1. — L. 10, L. 6, § 3, D., *Communia prædiorum*, 8, 4. — L. 26, D., *De servit. prædiorum urb.*, 8, 2. — L. 1, D., *De usu et usuf.*, 3, 32. — L. 15, § 7, D., *De usuf.*, 7, 1. — (2) Voy. L. 21, § 3, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. — L. 126, § 1, D., *De V. O.*, 45, 1. — (3) L. 1 et 15, D., *De servit.*, 8, 1. — J., II, 3, § 3.

Digitized by Google

nelles sont d'ailleurs des *droits réels*, tout comme les servitudes *réelles*.

CHAPITRE I

De l'usufruit. (J., II, 4. — D., *De usufructu*, 7, 1.)

Généralités. — Définition : *Usufructus est jus utendi, fruendi rebus alienis, salva rerum substantia* (1). Commentaire de cette définition. *Salva rerum substantia* signifie qu'un usufruit véritable ne peut être établi sur les choses qui se consomment *primo usu* (2). Du *quasi-usufruit* (3). Un sénatus-consulte d'Auguste ou de Tibère décida que l'on pourrait léguer l'usufruit de toutes les choses, même de celles qui se consomment *primo usu ;* l'usufruitier pouvait les consommer, mais il s'engageait à en rendre de pareilles en même quantité et de la même qualité à la fin de l'usufruit (4). Si les choses ont été estimées, c'est l'estimation qui doit être rendue (5). Les choses qui se détériorent sans se consommer par l'usage étaient-elles susceptibles d'un usufruit véritable ou seulement d'un quasi-usufruit ? Controverses romaines (6). De l'usufruit d'une créance (7). De l'usufruit d'une hérédité (8). De l'usufruit d'une servitude (9).

Section I. — *Droits et obligations de l'usufruitier.*

§ 1. — *Droits de l'usufruitier.* 1° Droit d'*user* (10). 2° Droit de *jouir* (percevoir les fruits).

α) Quels fruits l'usufruitier fait-il siens ? — Les fruits sont les objets que la chose est *destinée* à produire *périodiquement*. — L'usufruitier peut couper les taillis à sa volonté,

(1) J., pr. — (2) L. 14, § 1 et § 3, D., *De usu et hab.*, 7, 8. — P., III, 6, § 24. — L. 12, pr., D., h. t. — Art. 578, C. civ. — U., 24, § 27. — Cic., *Top.*, 3. — (3) J., § 2. — (4) L. 3, L. 5, § 1, L. 9 et 10 D., *De usuf. ear. rer.*, 7, 5. — L. 7, § 1, D., *Usuf. quem. cav.*, 7, 9. — Art. 587, C. civ. — (5) L. 7, D., *De usuf. ear. rer.*, 7, 5. — (6) L. 9, § 3, D., *Usuf. quemad. cav.*, 7, 9. — L. 15, § 4, D., h. t. — (7) L. 3, L. 4, D., *De usuf. ear. rer.*, 7, 5. — (8) L. 24, pr., L. 37, L. 43, D., *De usu et usuf.*, 33, 2. — L. 69, D., *Ad leg. Falcid.*, 35, 2. — Comp. C. civ., art. 612. — (9) L. 1, D., *De usu et usuf.*, 33, 2. — (10) L. 1, pr., D., *Si usuf. pet.*, 7, 6. — L. 12, D., *Quib. mod. usuf.*, 7, 4. — L. 15, § 1 et suiv., D., h. t.

Digitized by Google

pourvu qu'il ne détériore pas l'immeuble (11). Il doit remplacer les arbres qu'il prend dans les pépinières (12). Il ne peut en principe toucher aux futaies, à moins qu'elles ne soient l'objet unique ou principal de l'usufruit (13). — Des carrières. Il jouit de celles qui étaient déjà exploitées (14). Il peut même en ouvrir de nouvelles, si cela ne diminue ni la valeur ni le rendement du fonds (15). *Secùs* en droit français (16). L'usufruitier des bestiaux a droit au croît, au lait, à la laine, etc.

b) A quel moment l'usufruitier fait-il les fruits siens ? — 1° Fruits civils et industriels, loyers des choses frugifères : l'usufruitier acquiert les fruits lorsqu'il les perçoit (16 *bis*). Si donc l'usufruit s'éteint avant la récolte faite, elle appartiendra au propriétaire. Le droit français applique aux loyers des choses frugifères la règle des fruits civils (17). — 2° Fruits civils et loyers des choses non-frugifères : ils s'acquièrent jour par jour en proportion de la durée de l'usufruit (18). En droit romain le fermier du propriétaire n'ayant pas de droit réel, pouvait être expulsé par l'usufruitier, et réciproquement le fermier de l'usufruitier pouvait être expulsé par le propriétaire après la fin de l'usufruit. L'intérêt de l'agriculture a fait édicter la règle contraire en droit français (19).

L'usufruitier peut-il céder son droit ? Non, parce que constituer un autre titulaire de ce droit, ce serait logiquement en changer la durée, puisque l'usufruit est viager ; mais l'usufruitier peut donner, vendre ou louer l'*exercice* de son droit, ce qui ne fait jamais acquérir au cessionnaire qu'un droit de créance contre l'usufruitier (20).

§ 2. — *Obligations de l'usufruitier*. — 1° Payer les im-

(11) L. 48, § 1 ; L. 9, § 7 ; L. 10, D., h. t. — L. 30, D., *De V. S.*, 50, 16. — Comp. C. civ., art. 590. — (12) L. 9, § 6, D., h. t. — Comp. C. civ., art. 590. — (13) L. 11, D., h. t. — L. 2, pr., D., *De usu et habit.*, 7, 8. — Comp. C. civ., art. 591, 592. — Voy. encore L. 12, pr., L. 18, D., h. t. — C. civ., art. 592, 593. — (14) L. 9, § 2, D., h. t. — (15) L. 13, § 5, et 6, D., h. t. — Comp. L. 7, § 13, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — L. 18, D., *De fundo dot.*, 23, 5 ; Demangeat, *Fonds dotal*, p. 396. — (16 *bis*) L. 12, § 15, D., h. t. — L. 13, D., *Quib. mod. ususf. am.*, 7, 4. — (17) L. 58, pr., D., h. t. — (18) L. 26, L. 58, D., h. t. — (19) Art. 1743, C. civ. ; voy. aussi art. 595. — (20) J., § 3 et II, 5, § 1. — G., II, § 30. — L. 38, § 40, D., h. t.

Digitized by Google

pôts et autres charges qui pèsent sur les fruits (21). — 2° Promettre de jouir en bon père de famille et fournir caution. Cette promesse lui est imposée par le Préteur (22). Plus tard, on admit que le nu-propriétaire pourrait réclamer cet engagement par une action civile, la *condictio*, et c'est ainsi que cette obligation de l'usufruitier passa dans le droit civil (23). Cette promesse l'oblige à faire les réparations d'entretien seulement (24). Il n'est pas permis de dispenser par testament l'usufruitier de fournir caution ; *secùs* en droit français (25).

SECTION II. — *Comment s'établit l'usufruit?* — 1° *Translation* de l'usufruit (le plein-propriétaire garde la nue-propriété). — 2° *Déduction* de l'usufruit (il garde l'usufruit et aliène la nue-propriété).

1° *Translation.* — *a*) Droit civil. La mancipation ne peut s'appliquer, l'usufruit n'étant pas une *res mancipi;* ni la tradition, l'usufruit étant une chose incorporelle (26) ; ni l'usucapion, pour la même raison (27). Mais l'usufruit est transféré par la *cessio injure* faite par le propriétaire (28), par *l'adjudicatio*, si l'instance en partage constitue un *judicium legitimum* ; enfin par le *legs* (29).

b) Droit prétorien. Le Préteur admet la quasi-possession de l'usufruit, et par suite son acquisition par la quasi-tradition (30) et probablement par la *pr scriptio longi temporis. L'adjudicatio*, lorsque l'instance en partage est un *judicium imperio continens*, transfère aussi l'usufruit *jure prætorio*. Lorsqu'il s'agissait de fonds provinciaux, on *convenait* de laisser exercer l'usufruit, et l'on *stipulait* une clause pénale pour le cas d'infraction à cette convention qui, d'ailleurs, ne suffisait pas pour établir le droit *réel* d'usu-

(21) L. 7, § 2, L. 27, § 3, D., h. t. — (22) L. 13, pr., D., h. t. — L. 1, pr., D., *Usufruct. quemad.*, 7, 9. — (23) L. 7, pr., D., *eod.* — C. civ. art. 601, — (24) L. 7, § 2, D., h. t. — Voy. C. civ., 604. — (25) L. 7, C., *Ut in pos. leg.*, 6, 54. — L. 6, D., *eod.*, 36, 4. — C. civ., art. 601. — (26) G., II, § 28. — V., § 47. — L. 43, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — (27) Comp. L. 4, § 29, D., *De usurp.*, 41, 3. — (28) G., II, § 30. — (29) V., § 47. — L. 6, § 1, D., *De usuf.*, 7, 1. — (30) L. 12, § 1, D., *De pub. in rem*, 6, 2. — L. 1, pr., D., *Quem. mod. ususf.*, 7, 4.

Digitized by Google

fruit (31). Plus tard on admit probablement un usufruit provincial constitué par la quasi-tradition (32). Les pactes et les stipulations devinrent alors inutiles.

c) Droit de Justinien. La *cessio in jure* a disparu, comme la distinction entre les diverses espèces de fonds; la quasi-tradition suffit donc toujours, et si Justinien, ainsi que Théophile (33), nous parlent encore de pactes et de stipulations, c'est qu'ils copient maladroitement Gaius (34). La *præscriptio longi temporis* (35), *l'adjudicatio* (36) et le legs ou le fidéicommis sont aussi des modes d'acquisition ; enfin la loi : (usufruit légal du *pat. fam.* sur le pécule adventice).

2° *Déduction* de l'usufruit.— *a) Jure civili*, il peut être *déduit* par mancipation, si la chose est *mancipi* (37) ; par *cessio in jure* (38), par legs (39), mais non par tradition (40). —*b)* Droit prétorien : tradition.—*c)* Droit de Justinien : tradition, legs ou fidéicommis.

Section III.—*Extinction de l'usufruit.* (D., *Quib. mod. ususf. amit.*, 7, 4) (41).

1° Mort de l'usufruitier, ou durée de cent ans pour les personnes morales (42). 2° *Capitis diminutio* ; elle éteint même les *créances* d'usufruit (43). Sous Justinien la *minima cap. dim.* ne produit plus cet effet (44). 3° Le non-usage pendant le délai de l'usucapion ; mais il n'est pas nécessaire, même sous Justinien, que le nu-propriétaire *usucape* la *liberté* de son fonds (45). 4° *Cessio in jure* faite par l'usufruitier au propriétaire. *Quid* de la cession faite à un autre (46) ? 5° La consolidation, acquisition de la nue-pro-

(31) G., II, § 31. — Theoph., II, 4, § 1. — L. 3, D., h. t. — (32) Voy. L. 3, D., h. t. — L. 11, § 1, D., *De publ. in rem*, 6, 2. — L. 12, § 2, D., *eod.* — V., 61 § comparé à L. 1, D., *Quib. mod. ususf. amit.*, 7, 4. — (33) J., § 1, *in fine*, h. t. — Theoph., *eod.* — (34) L. 3, D., h. t. — V., § 61. — L. 1, pr., D., *Quib. mod.*, 7, 4.— (35) L. 12, *in fine*, C., *De præscript. longi temp.*, 7, 33. — (36) L. 6, § 1, D., h. t. — (37) V., § 47. — G., II, § 33. — (38) Arg. V., § 50. — (39) L. 19, D., *De usu et usuf.*, 33. 2. — (40) V., § 47. — (41) J., § 3. — P., III, 6, §§ 28 à 34. — (42) L. 21, D., h. t. — L. 8, D., *De usu et usuf.*, 33, 2. — L. 56, *in fine*, D., *De usuf.*, 7, 1. — Comp. L. 68, D., *Ad leg. Falcid.*, 35, 2, qui n'est pas contraire, et qui résout une question différente. — (43) L. 1, D., h. t. — (44) L. 16, § 2, C., *De usuf.*, 3, 33. — (45) J., § 3, h. t. — L. 20, D., h. t. — L. 16, § 1, C., *De usuf.* 3, 33. — L. 13, C., *De servit.*, 3, 34. — (46) G., II, § 30. — Comp. L. 66, D., *De jure dot.*, 23, 3.

Digitized by Google

priété par l'usufruitier. 6° Le changement de la chose (47). 7° L'arrivée du terme ou de la condition (48). 8° Lorsque l'usufruit avait été légué *per vindicationem* à un esclave ou à un fils de famille, il s'éteignait encore, dans l'ancien droit, par la mort, l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave, la mort ou la *cap. dim.* du fils de famille. *Secùs* sous Justinien (49).

SECTION IV. — *Actions qui sanctionnent l'usufruit.*

a) Droit civil : action confessoire (50).

b) Droit prétorien : *Publiciana de usufructu* (51.)

CHAPITRE II

DE L'USAGE (J., IV, 6. — D., *De usu et habitatione*, 7, 8).

GÉNÉRALITÉS. — L'usage consiste dans le *jus utendi* seulement. Cependant, par interprétation des legs, les jurisconsultes accordèrent à l'usager une partie du *jus fruendi*. L'usage peut porter sur les mêmes choses que l'usufruit. L'usage des choses *quæ in abusu consistunt* équivaut au quasi-usufruit (1).

SECTION I. — *Droits et obligations de l'usager.*

§ 1. — *Droits de l'usager.* — L'usager ne peut céder ni son droit, ni même vendre, louer, donner etc. l'*exercice* de son droit, soit parce que ce serait en retirer des fruits civils et qu'il n'a pas droit aux fruits, soit parce que celui qu'il mettrait à sa place n'userait pas comme lui, en sorte que la valeur du droit serait changée (2). L'usager n'a pas droit aux fruits ; cependant on finit par lui en accorder quelques-uns pour que son droit ne fût pas trop restreint (3). L'usage devint ainsi un usufruit restreint aux besoins de l'usa-

(47) L. 10, § 2 et 3, D., h. t. — (48) L. 12, C., *De usuf.*, 3, 33. — P., III 6, § 33. — C. civ., art. 620. — (49) L. 15 et 17, C., *De usuf.*, 3, 33. — V., § 57. — (50) J., IV, 6, § 2. — (51) L. 11, § 1, D., *De publ. in rem*, 6, 2.

(1) L. 5, § 2. D., *De usuf. ear. rer.*, 7, 5. — (2) J., § 1, h. t. — C. civ., art. 631. — (3) L. 1, § 1 ; L. 2, pr. ; L. 12, §§ 1, 2, D., h. t.

Digitized by Google

ger (4). Application de ces principes à l'usage d'un fonds rural, d'une maison, d'un esclave, d'un animal, d'un troupeau, d'une forêt (5).

§ 2. — *Obligations de l'usager.* — Il doit fournir caution (6) et contribuer aux réparations d'entretien dans la mesure des profits qu'il tire de la chose (7).

SECTION II. — *Constitution de l'usage.* Comme pour l'usufruit (8).

SECTION III. — *Extinction de l'usage.* Comme pour l'usufruit (9).

SECTION IV. — *Actions.* Comme pour l'usufruit.

CHAPITRE III

DE L'HABITATION

Par interprétation des legs, les jurisconsultes distinguèrent *l'habitation* de *l'usage* d'une maison (1). L'habitation diffère de l'usage en ce qu'elle consiste plutôt *in facto* qu'*in jure*, c'est-à-dire qu'elle n'est pas soumise aux principes rigoureux du droit : elle ne s'éteint ni par la *cap. dim.* (2), ni par le non-usage (3) ; l'habitant peut céder l'exercice de son droit (4).

CHAPITRE IV

DES OPERÆ SERVORUM. (D., *De operis servorum*, 7, 7.)

C'est aussi par interprétation des legs que les jurisconsultes ont distingué les *operæ servi* de l'usufruit d'un esclave. Le droit aux *operæ* consiste plutôt *in facto* qu'*in*

(4) C. civ., art. 630. — (5) L. 2 à 9 ; L. 12, §§ 1, 2, 6 ; L. 13 ; L. 22 D., h., t. — J., §§ 1, 2, 3, 4. — (6) L. 5, § 1, D., *Usuf. quem. cav.*, 7, 9. — (7) L. 18, D., h. t. — (8) J., pr., h. t. — (9) J., *eod.*

(1) L. 10, D., h. t. — L. 13, C., *De usuf.*, 3, 33. — (2) L. 10, D., *De cap. min.*, 4, 5. — (3) L. 10, D., h. t. — (4) J., § 5, h. t.

Digitized by Google

jure (1). Le titulaire pouvait louer son droit qui ne s'éteignait d'ailleurs ni par la mort, ni par la *cap. dim.*, ni par le non-usage (2).

CHAPITRE V

DE L'EMPHYTÉOSE. (D., *Si ager vectigalis*, 6, 3.)

Le fermier de *l'ager vectigalis* avait un droit réel. — Renvoi au cours de deuxième année, contrat de louage.

CHAPITRE VI

DE LA SUPERFICIE. (D., *De superficiebus*, 43, 18.)

La superficie est un droit sur des constructions élevées sur le terrain d'autrui. — Renvoi au cours de deuxième année.

TITRE III

Des servitudes réelles. (J., II, 3. — D., *De servitutibus*, 8. 1.)

GÉNÉRALITÉS. — *Servitus prædiorum est jus in prædio alieno, ad augendam utilitatem vel amenitatem alterius prædii* (1). — Caractères des servitudes réelles : ce sont des qualités des fonds (2) ; elles sont indivisibles, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être établies ni perdues pour partie (3) ; la servitude doit être imposée au fonds servant, et non à la personne du propriétaire de ce fonds, et réciproquement elle doit être établie pour l'utilité du fonds

(1) L. 1, D., h. t. — (2) L. 2, D., *De usu et usuf.*, 33, 2.
(1) C. civ. art. 637. — (2) L. 36, D., *De V. S.*, 50, 16. — (3) L. 17, D., h. t. — L. 23, § 3, D., *De servit. præd. rust.*, 8, 3.

Digitized by Google

dominant, et non pour l'avantage direct du propriétaire de ce fonds (4) ; la servitude doit être réellement *utile* au fonds dominant (5) ; les deux fonds doivent être *voisins*, mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient contigus (6) ; enfin on exigeait anciennement que l'exercice de la servitude fût possible à perpétuité (7). Dérogations à cette règle (8).

Divisions des servitudes.

1re division : Servitudes urbaines, servitudes rustiques, suivant que le fonds dominant est bâti ou non ; autres systèmes (9). Importance de cette division. — *a)* Quant au mode d'établissement ; les servitudes rustiques étant *res mancipi* peuvent être établies par la mancipation. — *b)* Quant au point de départ du non-usage devant entraîner l'extinction (renvoi plus bas). — *c)* Quant à l'hypothèque (renvoi). *d)* Quant aux interdits (renvoi).

2e division : servitudes qui consistent *in habendo, in prohibendo,* ou *in faciendo.* Intérêts de cette division : les servitudes *in habendo* ou *in faciendo* sont *positives* et susceptibles d'une quasi-possession. L'exercice des servitudes qui consistent *in habendo* est continu ; celui des servitudes qui consistent *in faciendo* est discontinu (10).

Section I. — *Des choses sur lesquelles les servitudes peuvent être établies.* — Il faut qu'il s'agisse d'immeubles et que le fonds servant soit dans le commerce (11). — Les fonds italiques sont seuls susceptibles de servitudes reconnues par le droit civil. — *Servitus servitutis esse non potest* (12).

Section II. — *Droits du propriétaire du fonds dominant.*

(4) L. 15, § 1 ; L. 8, pr., D., h. t. — Art. 686, C. civ. — (5) L. 15, pr., D., h. t. — (6) L. 5, § 1, D., *De serv. præd. rust.*, 8, 3. — L. 38, D., *De serv. præd. urb.*, 8, 2. — L. 5, D., *Si serv. vind.*, 8, 5. — (7) L. 28, D., *De serv. præd. urb.*, 8, 2. — (8) L. 9, D., *eod.* — L. 2, D., *Communia præd.*, 8, 4. — (9) Art. 687, C. civ. — J., II, 2, § 3. — L. 1, § 1, D., *De itin. actuque priv.*, 43, 19. — L. 11, § 1, D., *De publ. in rem.*, 6, 2. — Comp. L. 3, D., h. t. — L. 198, D., *De V. S.*, 50, 16. — L. 15, pr., D., h. t. — (10) L. 14, pr., D., h. t. — (11) L. 4, D., *Comm. præd.*, 8, 4. — L. 14, § 1, D., h. t. — J., § 3, h. t. — (12) L. 15, § 1, D., *De usuf.*, 7, 1.

Digitized by Google

Il a droit aux accessoires que comporte la servitude (13). Il peut faire tous les travaux nécessaires à son exercice (14). Il ne peut céder son droit qu'en aliénant le fonds dominant ; il ne peut même en principe céder l'exercice de son droit (15).

SECTION III. — *Énumération des principales servitudes.*

a) Servitudes rustiques. — *Iter, actus, via* (16). Servitude d'aqueduc (17). *Servitus aquæ haustus. Pecoris ad aquam adpulsus* (abreuvage). *Jus pascendi. Jus calcis coquendæ. Jus arenæ fodiendæ* (18).

b) Servitudes urbaines. Servitude *oneris ferendi* (19) ; le propriétaire du fonds servant était alors, et par exception, obligé de réparer le mur de soutien. Servitude *tigni immittendi. Projiciendi* (balcon) (20). *Stillicidii vel fluminis recipiendi ; — vel non recipiendi ;* diverses explications de ces derniers mots (21). Servitude *non altius tollendi ; —* servitude *altius tollendi ;* diverses explications (22). Servitude *luminum ; ne luminibus* ou *ne prospectu officiatur* (23).

SECTION IV. — *Comment s'établissent les servitudes réelles.*

A) *Translation des servitudes.*

a) Droit civil. — Les servitudes ne pouvaient être établies par tradition parce qu'elles sont des choses incorporelles (24), ni par usucapion depuis la loi *Scribonia* (25). Les servitudes rustiques pouvaient être établies par man-

(13) L. 3, § 3, D., *De serv. præd. rust.*, 8, 3. — C., civ. 896. — (14) L. 10, D., h. t. — C. civ., art. 697. — (15) L. 44, D., *locati* 19, 2. — L. 33, § 2, D., *De serv. præd. rust.*, 8, 3. — (16) J., pr. — L. 7, 8, 12, 23, pr., D., *De serv. præd. rust.*, 8, 3. — L. 13, § 1, D., *De accept.*, 46, 4. — (17) J., pr. — L. 17, § 1, D., *De aq. et aq. pluv. arc.*, 39, 3. — (18) J., § 2. — (19) L. 33, D., *De serv. præd. urb.*, 8, 2. — L. 6, § 2, D., *Si serv. vind.*, 8, 5. — (20) J., IV, 6, § 2. — (21) L. 2, L. 20 §§ 3, 4, 5, 6, D., *De serv. præd. urb.*, 8, 2. — L. 2, pr., D. *De aq. et aq.*, 39, 3. — Pothier, *Pandectes*, 8, 3, n° 11. — Theoph. II, 3, § 1. — Demangeat, t. I, p. 519, note 1. — (22) Pothier, *loc. cit.* — L. 12, §§ 1 et 4, C., *De ædif. priv.* 8, 10. — L. 1, § 17, D., *De op. nov. nuntiat.*, 39, 1. — L. 26, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. — (23) L. 3, L. 4, L. 16, L. 17, D., *De serv. præd. urb.*, 8, 2. — C. civ., art. 676. — L. 12, § 3, C., *De ædif. priv.*, 8, 10. — (24) G., II, § 28. — (25) L. 14 pr., D., h. t. — L. 4, § 29, D., *De usurp.*, 41, 3.

Digitized by Google

cipation (26). Toutes les servitudes pouvaient être constituées par la *cessio in jure* (27). *Quid* de la constitution des servitudes sur les fonds provinciaux (28)? (Renvoi plus haut, *usufruit*, note 31.) L'*adjudicatio* transférait aussi les servitudes lorsque le *judicium* était *legitimum* (29). Enfin le legs *per vindicationem* (30).

b) Droit prétorien. — 1° Quasi-tradition (31). 2° *Præscriptio longi temporis* (32). Conditions de cette prescription. Il fallait la quasi-possession, et, pour les servitudes négatives, un titre qui vînt les caractériser (32 *bis*). Il fallait en outre un laps de temps, indéterminé, suivant les uns; le même que pour la propriété suivant les autres (33). Mais le juste titre n'était pas, en principe, nécessaire (34). La bonne foi était probablement requise (35). La possession devait être exempte de vices (36). Différences entre la prescription des servitudes en droit romain et en droit français (37). — 3° *Adjudicatio*, lorsque le *judicium* était *imperio continens*.

c) Droit de Justinien. — 1° Quasi-tradition (38). 2° *Præsriptio longi temporis* (39). 3° Adjudication. 4° Legs (40).

B) *Déduction* des servitudes. — *a*) Droit civil. Par mancipation, cession *in jure*, ou legs pour toute espèce de servitudes (41). — *b*) Droit prétorien. Tradition (42). — *c*) Droit de Justinien. Tradition, ou legs.

Section V. — *Extinction* des servitudes. Le mode d'extinction est toujours absolu, il ne saurait être partiel à cause

(26) G., II, § 29. — (27) G., *eod.* — (28) G., II, § 31. — (29) L. 22, § 3, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — L. 7, § 1, D., *Communi div.*, 10, 3. — V., § 47. — (30) D., *De serv. legata*, 33, 3. — (31) L. 1, § 2, D., *De serv. præd. rust.*, 8, 3. — L. 20, D., h. t. — (32) Voy. L. 14, D., h. t. — Vinnius, *Selectæ quæstiones* 1, 31. — (32 *bis*) L. 6, D., *Si serv. vind.*, 8, 5. — (33) L. 2, C., *De serv.*, 3, 34. — L. 10, pr., D., *Si serv. vind.*, 8, 5. — L. 12, C., *De præs. longi temp.*, 7, 37. — (34) L. 10, pr., D., *Si serv. vind.*, 8, 5. — L. 1, § 23, D., *De aq. et aq.*, 39, 3. — L. 1, 2, C., *De serv.*, 3, 34. — Comp. Vinnius, *Instit.* II, 3, § 4; Pothier, *Pand.*, 8, 1, n° 24, note 1. — (35) Arg. L. 25, D., *Quemad. serv. am.*, 8, 6. — L. 1, § 10, D., *De aq. cot.*, 43, 2. — (36) L. 10, pr., D., *Si servit. vind.*, 8, 5. — (37) C. civ. art. 690, 691. — (38) J., § 4. — Voyez *suprà*, Usufruit, note 31. — L. 6, § 1. D., *Si serv. vind.*, 8, 5. — (39) L. 12, *in fine*, C., *De præs. longi temp.*, 7, 33. — (40) J., § 4. — (41) V., § 47. — (42) L. 8, L. 6, D., *Commun. præd.*, 8. 4.

Digitized by Google

de l'indivisibilité des servitudes. — 1° Renonciation par *cessio in jure*, ou, dans le droit nouveau, par simple convention (43). 2° Confusion : réunion des deux fonds aux mains du même propriétaire ; la servitude ne renaît pas lorsque les fonds sont de nouveau séparés (44). 3° Lorsque le fonds servant ne peut plus subir, ou lorsque le fonds dominant ne peut plus exercer la servitude ; mais il faut que cet état de choses subsiste pendant le délai du non-usage (45). 4° Non-usage. L'idée primitive fut probablement celle de l'*usucapio libertatis* par le fonds dominant (46) ; cette idée fut abandonnée pour les servitudes rustiques, mais les textes la conservent pour les servitudes urbaines, en exigeant de la part du propriétaire du fonds servant un acte contraire à la servitude (46 *bis*). Le délai était de deux ans dans l'ancien droit ; de dix à vingt ans sous Justinien (46 *ter*) ; il courait, pour les servitudes urbaines, à partir du jour où le propriétaire du fonds servant avait fait un acte contraire à la servitude, et, pour les servitudes rustiques, à partir du dernier jour de leur exercice (47). Il fallait, pour que la servitude fût conservée, qu'une personne quelconque l'eût exercée *fundi nomine* (47 *bis*), à titre de servitude (48), conformément au mode prescrit (49), et qu'elle eût exercé l'essence même du droit, et non les droits accessoires (50). La jouissance par l'un des propriétaires *indivis*, ou la suspension de prescription en sa faveur profite aux autres (51). — Si le non-usage provient d'un fait de force majeure, le propriétaire du fonds dominant peut obtenir la *restitutio in integrum* (52).

Section VI. — *Actions relatives aux servitudes.*

1° *Actio civilis confessoria de servitute* (53). 2° Action prétorienne, *Publiciana de servitute* (54). Renvoi au cours de seconde année.

(43) L. 8, D., *Quemad. serv. am.*, 8, 6. — (44) L. 8, § 1. D., h. t. — L. 30, D., *De serv. præd urb*, 8, 2. — *Contrà* art. 694, C. civ. — (45) L. 20, § 2, L. 31, etc., D., *De serv. præd. urb.*, 8, 2. — (46) Arg. P, I, 17, § 1. — (46 *bis*) L. 6, pr., D., *De serv. præd. urb.*, 8, 2. — (46 *ter*) L. 18. C., *De serv.*, 3, 34. — (47) Voy. note 46. — (47 *bis*) L. 6, pr., D., *Quemad. serv. am.*, 8, 6. — (48) L. 25. D., *eod.* — (49) L. 10, § 1, D., *eod.* — (50) L. 17, D., *eod.* — (51) L. 18, D., *De serv. præd rust.*, 8, 3. — C. civ. art. 709. — L. 10, pr., D., *Quemad. serv am.*, 8, 6. — C. civ. art. 710. — (52) L. 14, D., *eod.* — L. 34, 35, D., *De serv. præd. rust.*, 8, 3. — (53) J., IV, 6, § 2. — (54) L. 11, § 1, D., *De publ. in rem.*, 6, 2.

Digitized by Google

TITRE IV

Droits réels accessoires

(Renvoi au cours de seconde année).

TITRE V

Des personnes en matière de droits réels

CHAPITRE I

QUELLES SONT LES PERSONNES CAPABLES D'ALIÉNER ? (J., II, 8).

GÉNÉRALITÉS. — Sens général du mot aliéner (1). — En principe le propriétaire peut aliéner, et nul autre que le propriétaire ne peut aliéner.

Exceptions :

SECTION I. — *Propriétaires qui ne peuvent aliéner.*

§1. — Le pupille *sine auctoritate tutoris* (2). Conséquences: le pupille ne peut faire seul un prêt de consommation (*mutuum*) (3). Si les choses prêtées ne sont pas consommées, revendication ; si elles ont été consommées de bonne foi, *condictio sine causa* (4). Si elles sont consommées de mauvaise foi par l'emprunteur, le pupille aura, à son choix, la *condictio,* l'action *ad exhibendum,* ou la revendication (5). 2° Le pupille ne peut faire un paiement (6). Si les

(1) L. 7, C., *De reb. alien. non alienandis*, 4, 51. — (2) J., § 2. — (3) J., III, 14, pr. — (4) Theoph. II, 8, § 2. — L. 14, L. 9, § 1, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (5) J., § 2. — L. 9, pr., L. 5, § 2, D., *Ad exhib.*, 10, 4. — Théoph., II, 8, § 2. — L. 36, pr., L. 68, D., *De reiv.*, 6, 1. — (6) L. 9, § 2, D., *De auctor. tut.*, 26, 8.

Digitized by Google

choses payées subsistent, et que le pupille ait intérêt à les revendiquer, il a la revendication (7). Si elles ont été consommées de bonne foi, le pupille est libéré de sa dette (8). En cas de consommation de mauvaise foi, le pupille a l'action *ad exhibendum*, ou la revendication (9). 3° Le pupille ne peut recevoir paiement, car il ne peut aliéner sa créance (10) ; cependant, si le pupille avait employé utilement les choses qui lui ont été payées, et si cet enrichissement subsistait au jour où le pupille poursuivrait son débiteur, il serait repoussé par l'exception de dol (11). Le débiteur ne doit donc payer qu'au tuteur, ou à la au pupille muni de l'*auctoritas*, mais il est encore exposé à la *restitutio in integrum* en cas de dissipation du paiement par le tuteur. Justinien décide qu'il paiera en toute sécurité sur l'ordre du juge (12).

§ 2. — Femme en tutelle. — Elle ne peut aliéner seule les choses *mancipi ;* conséquences : elle peut faire un *mutuum*, un paiement de choses *nec mancipi ;* elle peut toujours recevoir un paiement (13).

§ 3. — Le mineur de 25 ans en curatelle. — Après Dioclétien, il est traité comme un pupille, s'il a un curateur général (14). (Renvoi plus haut).

§ 4. — Le fou, dans sa démence, est traité comme le pupille *infans*.

§ 5. — Le prodigue interdit. — Même observation au point de vue des actes d'aliénation.

§ 6. — Le mari à l'égard du fonds dotal (15). — Trois époques :

1° Avant Auguste. Le mari, qui est propriétaire de la dot en droit romain, pouvait aliéner l'immeuble dotal. Dangers de cette situation pour la femme. — 2° La loi Julia décida qu'il ne pourrait aliéner les immeubles dotaux non estimés qu'avec le consentement de sa femme. — 3° Sous Justinien le mari

(7) L. 8, pr., D., *De dol. mal., except.*, 44, 4. — (8) Voy. note 6 et L. 19, *in fine*, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (9) Theoph., II, 8, § 2. — (10) G., II, § 84. — L. 11, pr., D., *De accept.*, 46, 4. — (11) G., II, § 84. — L. 15, L. 47, pr., D., *De sol.*, 46, 3. — (12) J., § 2. — L. 25, C., *De adm. tut.*, 37. — (13) G., II, §§ 81 à 85. — (14) L. 3, C., *De in int rest.*, 2, 22. — (15) J., pr., h. t.

Digitized by Google

ne peut aliéner le fonds dotal même avec le consentement de la femme. (Renvoi à la dot, cours de seconde année.)

Section II. — *Des cas où une personne qui n'est pas propriétaire peut aliéner* (16).

Les tuteurs ou curateurs (renvoi plus haut). — Le mandataire spécial, ou le mandataire général *cum libera potestate* (17). — Les esclaves et les fils de famille, quant aux biens de leurs pécules (18), pourvu que l'aliénation ne soit pas faite à titre gratuit (19). Le créancier gagiste ou hypothécaire, même lorsque l'aliénation lui a été interdite, mais alors à de certaines conditions (20). — Le créancier chyrographaire, après avoir obtenu jugement et fait saisie (21). (Renvoi à la procédure d'exécution).

CHAPITRE II

QUELLES SONT LES PERSONNES CAPABLES D'ACQUÉRIR ?

En principe, les personnes *sui juris* peuvent *toutes* et peuvent *seules* acquérir. — Exceptions :

Section I. — *Personnes* sui juris *incapables d'acquérir.*

1° Le pupille *infans* et le fou. Exceptions pour l'acquisition des hérédités et de la possession. (Renvoi plus haut, Possession).

Section II. — *Personnes* alieni juris *capables d'acquérir pour elles-mêmes.*

En principe les esclaves, les fils de famille, la femme *in manu,* la personne *in mancipio* acquièrent pour le *pat. fam.* sous la puissance de qui ils se trouvent (22). — Exceptions. (Théorie des pécules).

(16) J., § 1. — (17) J., II, 1, §§ 42, 43. — L. 63, D., *De procur.*, 3, 3. — (18) L. 41, § 1, D., *De reiv.*, 6, 1. — (19) L. 28, § 2, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 8, § 5, D., *De distract. pign.*, 20, 5. — (20) L. 4, D., *De pigner. act.*, 13, 7. — (21) L. 31, L. 15, § 2, D., *De re judic.*, 42, 1. — (22) J., II, 9, § 1.

Digitized by Google

Notions générales. — Le pécule se compose des biens qu'un *alieni juris* administre séparément de la fortune du *pat. fam.* (23).

§ 1. — Pécule profectice. — Biens qui restent la propriété du *pat. fam.* et dont l'administration est confiée au *fil. fam.* ou à l'esclave. *Brevitatis causa,* nous ne parlerons que du fils. Particularités (24). Le fils a alors une sorte de mandat général d'administrer *cum libera potestate;* il peut aliéner, mais à titre onéreux seulement (25). Le pécule peut lui être retiré (26). Le père est obligé envers les tiers avec lesquels le fils a contracté ; il est tenu *in solidum,* par l'action *quod jussu,* pour les actes qu'il a ordonnés ou ratifiés (27), et pour les autres actes, jusqu'à concurrence de la valeur du pécule ou de son enrichissement personnel par l'action *de peculio et de in rem* (patris) *verso* (28).

§ 2. — *Peculium castrense.* — Il comprend tout ce que le fils de famille militaire acquiert en sa qualité de soldat (29). Le *fil. fam.* est, quant à ces biens, considéré comme *sui juris* (30). Conséquences (31). Le *fil. fam.* peut tester sur son pécule *castrans,* mais, s'il ne teste pas, le père recueille sa succession *jure peculii* et non pas *jure hereditario* (32). Sous Justinien, lorsque le *fil. fam.* meurt sans descendants ni frères ou sœurs, le *p. f.* recueille *jure communi,* c'est-à-dire *jure successionis,* et non *jure peculii* (controverse) (33).

§ 3. — Pécule *quasi-castrans.* — Ce pécule, créé par Constantin (34), comprit d'abord tous les biens qu'un *f. f.*

(23) L. 5, § 3, D., *De peculio,* 15, 1. — (24) L. 3, § 4, *in fine,* D., *De minor.,* 4, 4. — V., § 260. — (25) L. 46, L. 48, D., *De peculio,* 15, 1. — L. 34, D., *De nov.,* 46, 2. — L. 28. § 2, D., *De pactis,* 2, 14. — L. 7, D., *De donat.,* 39, 5. — Suétone, *Tibère,* c. 15. — L. 6, D., *Qui test. facere pos.,* 28, 1. — (26) L. 4, pr., D., *De peculio,* 15, 1. — (27) G. IV, § 70. — J., IV, 7, § 1. — (28) G., IV, §§ 69 à 74. — (29) J., II, 9. § 1. — P., III, 4, § 3. — L. 11, D., *De pecul. cast.,* 49, 17. — (30) L. 2, D., *Ad Snc. Macedo.,* 14, 6. — Theoph., II, 9, § 1. — (31) J., II, 12, pr. — L. 4, § 1, L. 5, L. 12, L. 15, §§ 1 et 2, D., *De cast. pecul.,* 49, 17. — L. 1, § 3, D., *Ad Snc. Macedo.,* 14, 6. — (32) Voy. Accarias, t. 1, p. 728, note 2. — L. 10, pr., D., *Ad Snc. Trebell.,* 38, 17. — L. 44, pr., D., *De leg.* 1°, 30. — L. 98, § 3, D., *De sol.,* 46, 3. — L. 17, pr., D., *De pec. cast.,* 49, 17. — L. 56, D., *De reiv.,* 6, 1. — L. 33, § 1, D, *De adq. rer. dom.,* 41, 1. (33) J., II, 12, pr., — *Contrà* Théoph., *eod.* — Voy. N. 118. (34) L. 15, C. Th., 6, 35. — L. *Un.,* C., *De castrensi omnium Palatin. pecul.,* 12, 31.

Digitized by Google

fonctionnaire de la maison de l'Empereur *(Palatinus)* avait, soit reçus de l'Empereur, soit acquis par ses économies. Il fut étendu plus tard à beaucoup d'autres cas, et enfin sous Justinien à tout ce que les fils de famille acquièrent *vel salaria, vel stipendia publica.* Le fils de famille obtint aussi sous Justinien, le droit de tester sur ce pécule (35).

§ 4. — Pécule *adventice (adventitium* ou *paganum).* — Ce pécule, créé par Constantin, comprit d'abord les biens recueillis par les enfants dans la succession de leur mère (36). Il reçut des extensions successives ; enfin, sous Justinien, il renferme tous les biens qui ne sont ni compris dans les autres pécules, ni acquis *ex re patris* (37). Le *p. f.* en a l'usufruit sans caution, et l'administration (38). Le *f. f.* ne peut tester sur ce pécule (39) et, après sa mort, le père le recueillait d'abord *jure peculii ;* puis ces biens furent dévolus suivant les règles de la succession *ab intestat* (renvoi aux successions *ab intestat*). En cas d'émancipation, le père sous Justinien garde l'usufruit de la moitié de ce pécule (40). Détails sur les pouvoirs d'administration du *p. f.* (41).

§ 5. — *Peculium extraordinarium* ou *irregulare.* — Biens appartenant aux enfants et dont le père n'a ni l'administration, ni l'usufruit (42).

CHAPITRE III

PAR L'INTERMÉDIAIRE DE QUELLES PERSONNES PEUT-ON ALIÉNER ?

Généralités. — En principe, nul ne peut aliéner ou acquérir, devenir créancier ou débiteur par l'intermédiaire d'une personne non soumise à sa puissance. (Principe de

(35) L. 37, pr., *in fine,* C., *De inof. test.*, 3, 28. — L. 12, C., *Qui test. facere pos.*, 6, 22 — J., II, 11, § 6. — (36) L. 1, C., *De bonis maternis*, 6, 60. — (37) L. 6, C., *De bonis quæ liberi*, 6, 61. — (38) Même texte. — (39) J., II, 12, pr. — (40) J., II, 9, § 3. — L. 6, § 3, C., *De bonis quæ liberi*, 6, 61. — (41) L. 8, § 5, C., *eod.* — (42) L. 8, pr., § 1, C., *eod.* — N. 117, cap. 1. — N. 118, cap. 2. — L. 50, D., *Ad Sc. Trebell.*, 36, 1. — N. 134, cap. 11.

Digitized by Google

la non-représentation dans les actes juridiques.) Le mandataire ou le gérant d'affaires font l'opération pour eux-mêmes, sauf à compter avec le mandant ou le maître de l'affaire. Ce principe dérive de l'idée que le simple consentement n'engendre pas des droits, et qu'il faut un acte matériel, qui ne peut évidemment produire d'effet qu'entre ceux qui y prennent réellement part. Mais on est représenté par les personnes sur lesquelles on a une puissance domestique (43), à moins qu'elles ne soient incapables de figurer dans l'acte (ex. : cession *in jure*). Ce principe s'étend à tous les actes judiciaires ou extra-judiciaires ; (renvoi à la procédure pour ses applications aux actes judiciaires).

La question de savoir par l'intermédiaire de quelles personnes on peut aliéner a été implicitement étudiée lorsqu'on a traité des personnes qui, bien que n'étant pas propriétaires, peuvent aliéner (renvoi plus haut, Chap. 1, Section 2). Ces personnes ne peuvent aliéner *que par tradition*, et par suite elles ne peuvent transférer que l'*in bonis* des choses *mancipi*, sauf peut-être le curateur légitime du *furiosus* (44).

CHAPITRE IV

DES PERSONNES PAR L'INTERMÉDIAIRE DESQUELLES ON PEUT ACQUÉRIR.

SECTION I. — *Acquisition par l'intermédiaire des personnes en puissance.*

§ 1. — Acquisition de la possession. (Renvoi plus haut p. 82, A).

§ 2. — Acquisition de la propriété. — 1° *Cessio in jure* et *adjudicatio*. Les *alieni juris*, ne pouvant être propriétaires, ne sauraient figurer dans ces actes (45). 2° Par

(43) G., II, § 95. — (44) L. 1, § 2, D., *De except. rei vend.*, 21, 3. — L. 5, § 3, L. 4, D., *Mandati*, 17, 1. — J., II, 1, §§ 42, 43. — Comp. L. 16, C., *De adm. tut.*, 5, 37. — G., II, § 64. — L. 10, §§ 11, 12, 13 ; L. 7, § 3, D., *De curat. fur.*, 27, 10. — (45) G., II, § 96.

Digitized by Google

mancipation et par *legs*, les *alieni juris* acquièrent au *p. f.* à son insu, et même malgré lui (46). Dans le cas de legs, l'acquisition se produit au profit du *p. f.* qui a la puissance au jour du *dies cedit* (renvoi aux legs).

3° *Occupation, tradition, usucapion.* Ces trois modes résultent de l'acquisition de la possession. (Voy. plus haut p. 82, A et p. 102, 2°).

4° *Institution d'héritier.* Ici l'*alieni juris* ne peut accepter la succession que sur l'ordre du *p. f.*; car l'hérédite peut être désavantageuse (47).

DE QUELQUES CAS PARTICULIERS.

1° L'esclave *in bonis* acquiert dans tous les cas pour son propriétaire bonitaire (48). Cependant on avait discuté la question de savoir s'il ne pouvait pas acquérir pour son propriétaire quiritaire en le désignant nominativement (49).

2° De l'esclave commun. — Acquisition de la propriété (50). Il l'acquiert en principe à chacun de ses maîtres en proportion de leur part dominicale, même si l'acquisition a lieu *ex re alterius dominorum*; mais, dans ce cas, le juge de l'action *communi dividundo* mettra la chose acquise tout entière dans le lot de ce maître (51). Exceptions au principe : l'esclave acquiert pour un de ses maître seulement : *a*) lorsque l'esclave acquiert *nominatim* pour l'un de ses maîtres (52) ; *b*) lorqu'il a agi sur l'ordre d'un seul (controverse des Proculiens) (53) ; *quid* au cas où l'esclave, ayant reçu l'ordre de l'un, déclare acquérir pour l'autre ? (54) ; *c*) lorsque l'acquisition ne peut avoir lieu qu'au profit de l'un des maîtres (55). — Mêmes règles pour l'acquisition de la possession (56).

(46) G., II, § 87. — U., 19, §§ 18 et 19. — Comp. G., III, § 167 ; J., III, 17, § 1. — (47) J., II, 9, § 3. — L. 6, pr., L. 25, § 5, D., *De adq. vel om. hered.*, 29, 2. — (48) G., II, § 88. — (49) G., III, § 166. — (50) J., III, 28, § 3. — G., III, §§ 167 et 167 a. — (51) L. 43, D., *De adq. rer. dom.* 41, 1. — (52) G., III, § 167. — L. 5, D., *De stipul. serv.*, 45, 3. — (53) G., III, § 167a. — J., III, 28, § 3. — (54) L. 3, C., *Per. quas person.*, 4, 27. — Cujas, *Comm. in Cod.*, *hoc loco* ; comp. Accarias I, p. 124, n° 2. — (55) L. 7, *in fine* ; L. 8, L. 9, pr., D., *De stip. serv.*, 45, 3. — (56) L. 1, § 7, D., *De adq. pos.*, 41, 2.

Digitized by Google

3° De l'esclave de l'hérédité jacente. — *a*) Acquisition de la propriété. — Lorsqu'on eût imaginé la personnalité fictive de l'hérédité jacente (57), l'esclave put emprunter la capacité de cette personne morale et acquérir pour elle. Après controverse, on attribua à l'hérédité jacente la capacité qu'avait le défunt (58). Les acquisitions faites par l'esclave sont donc valables, pourvu qu'un héritier accepte ultérieurement la succession (59). Cet esclave acquiert par mancipation et legs, mais il ne peut acquérir une succession s'il est institué héritier, parce qu'il n'a point de maître qui puisse lui donner l'ordre d'accepter (60) ; il ne peut pas non plus acquérir un usufruit ni une créance d'usufruit, soit parce que la fiction de la personnalité de l'hérédité jacente n'a pas été étendue jusque-là, soit parce que l'héritier acceptant ensuite la succession, cet usufruit passerait de l'hérédité jacente, qui représente le défunt, à l'héritier, et changerait ainsi de titulaire, ce qui n'est pas possible (61). Quant à l'acquisition, par occupation, tradition, usucapion, elle impliquerait l'acquisition de la possession. — *b*) Acquisition de la possession. Elle n'est possible au profit de l'hérédité jacente que si l'esclave a un pécule ; donc l'acquisition de la propriété par occupation, tradition, usucapion, n'est aussi possible que dans ce cas (62).

4° De l'esclave soumis à un droit d'usufruit (63). — *a*) Acquisition de la propriété. L'esclave acquiert en principe pour le nu-propriétaire ; l'usufruitier profite seulement des acquisitions qui correspondent au *jus utendi et fruendi* qu'il a sur l'esclave, c'est-à-dire à celles qui proviennent *ex re fructuarii (jus utendi), vel ex operis servi (jus fruendi). Quid* si l'esclave achète payable à terme et reçoit tradition immédiate ? L'acquisition profitera au nu-propriétaire si c'est lui qui paye le prix dont

(57) L. 13, § 2, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — L. 31, § 1, D., *De hered. instit.*, 28, 5. — (58) Voy. *Successions testamentaires*, plus bas. — (59) L. 73, § 1, D., *De V. O.*, 45, 1. — (60) L. 61, pr., D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — (61) Même texte et J., III, 17, pr. — L. 26. D., *De stipul. serv.*, 45, 3. — (62) L. 1, § 5, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — L. 29, D., *De captivis*, 49, 15. — L. 16, D., *De obl. et act.*, 44, 7. — Voyez cependant : L. 33, § 2, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 15, pr., L. 44, § 3, L. 45, § 1, D., *De usurp.* 41, 3. — Comp. Maynz, III, § 493, note 11. — (63) J., II, 9, § 4. — G., II, §§ 91 et 91.

Digitized by Google

l'échéance arrive après l'extinction de l'usufruit (64). Les donations et libéralités testamentaires faites à l'esclave appartiennent au nu-propriétaire, à moins qu'elles n'aient été faites en considération de la personne de l'usufruitier (64 *bis*).

L'esclave peut d'ailleurs acquérir nominativement pour le nu-propriétaire, sauf le droit pour l'usufruitier de réclamer cette acquisition par la *condictio*, si elle a eu lieu *ex re sua* (64 *ter*).

b) Acquisition de la possession. L'esclave acquiert la possession pour l'usufruitier dans les mêmes conditions que la propriété, bien qu'on en eût douté par ce motif que l'usufruitier ne possède pas l'esclave (65). Application du principe aux cas du trésor et de l'usucapion (66).

5° Esclave soumis à un droit d'usage. — L'usager n'acquiert par cet esclave que *ex re sua* (67).

6° Esclave d'autrui possédé de bonne foi. — *a*) Acquisition de la propriété. Mêmes solutions que pour l'esclave soumis à un droit d'usufruit (acquisition par le pos. de bonne foi *ex re sua, vel ex operis servi*) (68). — *b*) Acquisition de la possession dans les mêmes condions ; mais de plus, même en dehors de ces cas, le pos. de bonne foi acquiert la possession toutes les fois que l'esclave prend possession pour lui *nominatim*, et acquerra par conséquent la propriété dans les cas d'occupation, tradition, usucapion (69).

7° Homme libre possédé de bonne foi. — Mêmes règles en principe (70). Controverses pour les hérédités et les legs (71).

8° Esclave ou homme libre possédé de mauvaise foi. — Le possesseur de mauvaise foi ne peut acquérir *directement*

(64) L. 25, § 1, D., *De usuf.*, 7, 1. — L. 43, § 10, D., *De edil. edict.*, 21, 1. — L. 24, D., *De act. empti*, 19, 1. — (64 *bis*) J., II, 9, § 4. — L. 22, L. 23, D., *De usuf.*, 7, 1. — (64 *ter*) L. 39, D., *De stip. serv.*, 45, 3. — (65) G., II, § 94. — L. 1, § 8, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — J., II, 9, § 4. — (66) L. 63, § 3, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — Arg. G., II, § 64. — (67) L. 14, pr., D., *De usu et hab.*, 7, 8. — (68) J., § 4. — G., II, §§ 92 à 94. — L. 23, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — (69) Arg. L. 34, § 2, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (70) L. 34, § 2, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — L. 19, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — (71) L. 45, § 4, D., *De adq. vel om. hered.*, 29, 2. — L. 19, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1.

Digitized by Google

la propriété par l'intermédiaire de ces personnes ; il ne peut acquérir la possession (et ainsi *indirectement* la propriété) que si elles prennent possession pour lui *nominatim* (72).

9° On ne peut acquérir *directement* la propriété par celui que, par erreur, on croit son *fil. fam.* (73), mais on acquerra la possession (et indirectement ainsi la propriété) comme on peut le faire *per extraneam personam*, c'est-à-dire *nominatim*.

10° L'esclave qui n'est *possédé* par personne acquiert la propriété à son maître. On peut acquérir la possession par son intermédiaire (et ainsi indirectement la propriété) comme on pourrait le faire *per extraneam personam* (74).

Section II. — *Acquisition par l'intermédiaire de personnes non soumises à notre puissance.*

a) Acquisition de la propriété. — On ne peut l'acquérir *directement per extraneam personam* (75). *b*) On peut acquérir la possession et indirectement la propriété *per extraneam personam* (Voy. plus haut, p. 83 *B*).

(72) Voy. L. 1, § 6, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (73) L. 44, pr., D., *De usurp.*, 41, 3. — (74) L. 34, § 2, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (75) J., II, 9, § 5. — G., II, § 95. — Voy. L. 49, § 2, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — L. 1, C., *eod.*, 7, 32.

Digitized by Google

LIVRE II

DES SUCCESSIONS *PER UNIVERSITATEM* ET DES MATIÈRES QUI S'Y RATTACHENT

PREMIÈRE ÉPOQUE

SUCCESSIONS DU DROIT CIVIL

TITRE I

Des successions testamentaires du droit civil et des matières qui s'y rattachent

CHAPITRE I

SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

NOTIONS GÉNÉRALES

La succession *per universitatem* est la transmission de la totalité ou d'une quote-part du patrimoine, actif et passif. — A Rome la *suc. per univ.* peut avoir lieu soit *à cause de mort*, soit *entre-vifs*, de huit manières à l'époque classique (1) : 1° Succession testamentaire. 2° Suc-

(1) J., II, 9, § 6.

Digitized by Google

cession *ab intestat*. 3° *Addictio* pour le maintien des affranchissements. 4° *Cessio in jure* d'une hérédité. 5° *Adrogatio* et *conventio in manu*. 6° Réduction en esclavage. 7° Confiscation. 8° *Venditio* et *Sectio bonorum*.

Préférence des Romains pour la succession testamentaire. Le père de famille tient à l'honneur d'exercer une dernière fois et solennellement sa juridiction domestique.

SECTION I. — *Du testament et de ses formes*. (J., II, 10. — D., *Qui test. facere possunt*, 28, 1).

DÉFINITION. — Le testament est une déclaration solennelle de volonté, contenant une institution d'héritier (2).

§ 1. — Formes ordinaires des testaments. — 1° Testament fait *calatis comitiis* (3). Les comices approuvaient-ils le testament ou se bornaient-ils à en être témoins ? Controverses. — 2° Testament fait *in procinctu* (à l'armée) (4). — Désuétude de ces deux formes ; ses motifs (5). — 3° Testament *per æs et libram*, c'est-à-dire par mancipation ; trois phases.

1re phase. — Le testateur mancipe son patrimoine à celui qu'il choisit pour héritier *(familiæ emptor)*.

2e phase. — Le testateur mancipe son patrimoine à un tiers qui se porte *familiæ emptor* pour la forme, et le testateur nomme à haute voix *(nuncupare)* son héritier.

3e phase. — Mêmes formalités, seulement le testateur, au lieu de désigner oralement son héritier, écrit son nom sur des tablettes scellées (6).

Ce testament pouvait être écrit par un tiers *(testamentarius)*, mais il ne devait contenir aucune disposition à son profit (Snc. Libonien) (7). — 4° Testament prétorien (8). Le Préteur se contente d'un écrit revêtu des sceaux de sept

(2) L. 1, D., h. t. — U., 20, § 1. — (3) J., § 1, h. t. — G. II § 101. — (4) Mêmes textes. — (5) G., II, § 102. — (6) G., II, §§ 103 et 104. — Theoph. II, 10, § 1. — Suétone, *Horace, in fine; Octave*, 17; *Caligula*, 38. — L. 21, pr., D., h. t. — L. 2, C., *De bon. pos. sec. tab.*, 6, 11. — Cicéron, *Pro Milone*, 18, *in fine; in Verrem*, II, 1, 45. — L. 1, § 5, D., *De hered instit.*, 28, 5. — P., IV, 6, § 1. — (7) D., *Ad leg. Corn. de falsis*, 48, 10. — C., *De his qui sibi adscribunt*, 9, 23. — L. 1, L. 5 D., *De his quæ pro non scriptis*, 34, 8. — (8) J., § 2, h. t. — G., II, § 119. — U., 28, § 6.

Digitized by Google

témoins. — 5° Testament nuncupatif (testament civil, oral, devant sept témoins, mais sans mancipation. Il subsiste même sous Justinien (9). — 6° Testament écrit du droit impérial ; cinq témoins seulement sont nécessaires, mais on exige, outre leur sceau, leur signature (9 *bis*). — 7° Testament *tripartit* (10). Ce testament, ainsi nommé parce qu'il emprunte des éléments au droit civil, au droit prétorien et au droit impérial, est écrit, signé par sept témoins et par le testateur ou par un huitième témoin, puis il est scellé par les témoins. Il devait être fait *uno contextu* (11). Les témoins doivent être convoqués spécialement (11 *bis*). La date du testament, bien qu'habituellement mise, n'est exigée par aucun texte, sauf pour le *testamentum inter liberos* (12). — 8° *Testamentum holographum*, écrit en entier et signé par le testateur (13). Il n'a pas été admis par Justinien. — 9° Testaments publics : *a*) *Testamentum judiciale*, déclaration verbale devant l'autorité judiciaire ou municipale (14) ; *b*) *Testamentum principi oblatum* (15).

§ 2. — Testaments dispensés des formes ordinaires. — 1° Testament militaire (16). Il est dispensé de toute forme ; il suffit que le militaire ait exprimé sa volonté soit verbalement, soit par écrit. Cette forme s'explique par la difficulté pour le soldat de tester en la forme ordinaire; elle ne s'applique sous Justinien qu'aux militaires *in castris* ou *in expeditione* et aux assimilés. Le militaire honorablement congédié n'a pas besoin de refaire son testament en la forme ordinaire, s'il meurt dans l'année (17). — 2° Testament des

(9) J., § 14. — L. 21, pr., D., h. t. — (9 *bis*) L. 1, C. Th., *De test.* 4, 4. — Maynz, § 449, note 46. — Savigny, *Histoire du dr. rom.*, II, §§ 38 à 41, §§ 67 et 83. — (10) J., §§ 3, 4, 5, 12, 13. — L. 21, L. 28, C., *De test.*, 6, 23. — (11) L. 28, pr., C., *eod.* — L. 21, § 3, D., h. t. — (11 *bis*) J., § 3. — L. 21, § 2, D., h. t. — (12) L. 2, § 1, D., *Test. quemad. aper.*, 29, 3. — Modestin, *Frag.*, Voy. *Manuale*, p. 854. — N. 107, cap. 1. — Voy. Maynz, § 464, note 30. — (13) N. 20 de Valentinien III, chap. 2. — Voy. Rivier, *Successions*, p. 58 ; comp. C. civ., art. 970. — (14) L. 14, *initio*, C., *De test.*, 6, 23. — (15) Même texte et N. Valentinien, tit 21; chap. 1, §§ 1, 2, 3. — Voy. Savigny, *op. cit.*, chap. 2, p. 82 et s. — (16) J., II, 11. — D., *De test. militis*, 29, 1. — C., *eod.*, 6, 21. — G., II, § 109. (17) J., II, 11, § 3. — L. 26, pr., D., *De test. mil.*, 29, 1. — Comp. C. civ., art. 981 à 985.

Digitized by Google

personnes atteintes de maladies contagieuses (18). — 3° Testament fait à la campagne (19). — 4° *Testamentum parentum inter liberos*. Il suffit d'un acte dans lequel le testateur a écrit lui-même la date, le nom et les parts des institués (20). Ne pas le confondre avec la *divisio parentum inter liberos*, origine de notre partage d'ascendant (21), qui est un acte entre-vifs, revêtu de la signature de l'ascendant et des enfants. Ce partage ne doit porter atteinte ni à la quarte Falcidie ni à la légitime (22).

§ 3. — Testaments soumis à des formes spéciales. — 1° Testament de l'aveugle ; l'intervention d'un *tabularius* ou d'un 8° témoin est exigée ; le testament doit être lu au témoins (23). — Testament du sourd-muet. Il doit nécessairement être écrit en entier de sa main (24).

§ 4. — De la capacité des témoins.

a) Incapacités absolues (absence de la *factio testamenti* passive (25). Sont incapables les personnes n'ayant pas le *commercium*, les femmes, les impubères, les interdits, les *furiosi*, les muets, les sourds et les *intestabiles* (26).

b) Incapacités relatives. Les témoins peuvent être de la même *domus* entre eux (27). Mais ils ne peuvent être de la même *domus* que le testateur (28), ou que l'*emptor familiæ* (29). Plus tard l'héritier et les membres de sa *domus*, ne purent être témoins (30). Les légataires, les fideicommissaires et les membres de leur *domus* purent toujours être témoins (31). Critique (32). — La capacité n'est exigée qu'à l'époque de la confection du testament, et du reste : *error communis facit jus* (33).

(18) L. 8. C., *De test.*, 6, 23. — Voy. Maynz, § 465, note 3. — Comp. C. civ., art. 985 à 987. — (19) L. 31, C., *De test.*, 6, 23. — Comp. C. civ., art. 974. — (20) N. 107, cap. 1, 2. — (21) C. civ. art. 1075 et suiv. — (22) L. 20, § 3, L. 32, 33, 39, §§ 1 à 5, D., *Fam.ercis.*, 10. 2. — L. 10, 16, 21, C., *eod.*, 3, 36. — N. 18, cap. 7. — N. 107, cap. 3. — (23) L. 8, C., *Qui test facere*, 6, 22. — (24) L. 10, C., *eod.* — Comp. C. civ., art. 979. — (25) J., § 6, h. t. — (26) U., 20, § 13. — L. 14, 15, D., *De testibus*, 22, 5. — L. 18, § 1, D., h. t. — L. 5, § 9, D., *De injuriis*, 47, 10, etc. — (27) J., § 8. — U., 20, § 6. — (28) J., § 9. — G, II, § 105. — U., 20, § 3. — (29) U., 20, §§ 3, 4, 5, 6. — G., II, §§ 105, 106, 108. — (30) L. 28, pr., D., h. t. — J., § 10. — (31) G., II, § 108. — J., § 11. — (32) Comp. C. civ., art. 975. — (33) L. 22, § 1, D., h. t. — L. 4, D., *De officio prætorum*, 1, 14. — J., § 11.

Digitized by Google

SECTION II. *De la capacité du testateur.* (J., II, 12. — D., *Qui test. facere possunt*, 28, 1.)

GÉNÉRALITÉS. — Distinction de la capacité de droit et de la capacité de fait, c'est-à-dire de la *jouissance* et de l'*exercice* du droit de tester (34). Intérêt de cette distinction au point de vue de l'époque où la capacité est requise. Au moment de la confection du testament, la capacité de fait et de droit est requise ; à l'époque de la mort, la capacité de droit suffit ; pendant l'époque intermédiare la capacité de fait n'est pas exigée ; celle de droit est requise *jure civili*, mais, *jure prætorio, media tempora non nocent* (35),

§ 1er. — Des incapables de droit. — Le citoyen romain *pater familias* peut seul tester, en principe.

1° Incapacité de l'esclave. Cependant les esclaves du peuple romain pouvaient tester sur la moitié de leur pécule (36). Lorsque le testateur tombe en captivité, s'il revient à Rome, son testament antérieur est valable en vertu de la fiction du *postliminium* ; s'il meurt chez l'ennemi son testament est encore valable par argument tiré de la loi *Cornelia* qui punissait ceux qui altéraient les testaments des citoyens captifs. Le testament fait pendant la captivité n'est jamais valable (37),

2° Le pérégrin ayant une cité peut tester suivant la loi de son pays ; le Latin-Junien et l'affranchi Déditice ne le peuvent point (38).

3° Le fils de famille est, en principe, incapable de tester. Exceptions (39) (renvoi *suprà*, théorie des pécules, p. 133 et 134).

4° Autres incapacités : apostats, hérétiques (40).

§ 2. — Des incapables de fait.

1° De la femme en tutelle. — *a*) Primitivement la femme affranchie pouvait seule tester avec l'*auctoritas* du patron son tuteur. En effet, ce patron était libre de renoncer à la

(34) L. 3, D., h. t. — J., II, 17, § 6. — (35) J., II, 17, § 6. — (36) U. 20, § 16. — (37) J., § 5, h. t. — U., 23, § 5. — (38) U., 20, § 14. — (39) J., pr., h. t. et II, 11, § 6. — L. 11, L. 12, C., *Qui test. fac.*, 6, 22. — (40) L. 3, C., *De apost.*, 1, 7. — L. 4, C., *De hereticis* 1, 5.

Digitized by Google

succession *ab intestat* à laquelle il avait seul droit. *Secus* des femmes soumises à la tutelle de leurs agnats ; ceux-ci ne pouvaient autoriser la femme à tester parce qu'ils auraient ainsi compromis les droits éventuels des agnats plus éloignés. Plus tard les femmes ingénues se firent mettre *in manu fiduciæ causa*, manciper et émanciper, pour se placer dans la situation des affranchies et pouvoir tester. Un rescrit d'Hadrien permit à toutes les femmes *sui juris*, non soumises à la tutelle légitime du patron ou du *parens* émancipateur, de tester *sine auctoritate tutoris*, pourvu peut-être qu'elles n'eussent pas d'agnats (41). — Sous le bas-empire, la tutelle des femmes a disparu.

2° De l'impubère (42). — Il ne peut tester, même avec l'*auctoritas* de son tuteur, mais le *p. f.* de l'impubère peut faire un testament pour lui (substitution pupillaire).

3° Le *furiosus* ne peut tester que dans un intervalle lucide (43).

4° Le prodigue interdit ne peut tester parce qu'il ne peut manciper (44), mais le testament antérieur à l'interdiction demeure valable.

5° Pour le sourd, le muet et l'aveugle, voyez *suprà*, Section I, § 3.

Remarque. — Pour tester il ne suffit pas d'être capable, il faut encore savoir qu'on l'est (45).

Section III. — *Capacité de l'héritier institué* (D., *De heredibus instituendis*, 28, 5. — C., *eod.* 6, 24. — J., II, 14. — U., 24).

§ 1. — Capacité d'*être institué*.

Les citoyens romains (1), leurs esclaves (2) et les Latins-Juniens (3) pouvaient seuls être institués héritiers, parce que seuls ils pouvaient figurer dans une mancipation.

I. — Des citoyens romains. Certaines personnes jouissant du droit de cité ne peuvent pourtant être instituées.

A) Époque classique. — *a*) Les femmes ne pouvaient

(41) G., I, § 115ª et II, §§ 118 à 123. — (42) J., § 1. — (43) J., *eod.* — (44) J., § 2. — U., 20, § 13. — (45) U., 20, § 11.

(1) U., 24, § 2. — (2) J., pr., h. t. — (3) U., 24, § 3.

Digitized by Google

être instituées par les citoyens de la première classe (loi *Voconia*) (4). Cette règle s'appliquait même à la fille du testateur (5). Mais elle pouvait hériter *ab intestat*, parce qu'alors elle tombait nécessairement sous la tutelle de ses agnats, ce qui supprimait les inconvénients de la richesse des femmes. — *b*) Les personnes incertaines (6), c'est-à-dire celles dont le testateur ne peut se former une idée précise, et notamment : 1° Les posthumes, c'est-à-dire les personnes nées après la mort du testateur, ou après la confection du testament. — Exceptions : α) Le droit civil permettait d'instituer les posthumes *siens*, c'est-à-dire ceux qui auraient été soumis à la puissance du testateur s'ils étaient nés plus tôt (7). Sans cette exception le testament eût été nécessairement rompu par l'agnation d'un héritier sien (le posthume). β) Le préteur admettait l'institution des posthumes externes (8). 2° Les personnes morales. En principe on ne pouvait instituer pour héritier d'autre personne morale que le peuple romain (9). Puis on permit l'institution des municipes par leurs affranchis, l'institution de certains lieux (10), des églises, ou institutions de bienfaisance, des cités (11).

B) Époque de Justinien. — 1° La loi *Voconia*, que déjà l'on tournait au temps de Gaius en faisant des *fideicommis* d'hérédité (12), est tombée en désuétude. 2° On peut instituer les posthumes externes, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'enfants adultérins ou incestueux du testateur (13). 3° Les personnes morales peuvent être instituées (14). 4° Les apostats, les hérétiques, les fils des condamnés pour crime de lèse-majesté, les veuves remariées avant l'expiration de l'année de deuil ne peuvent être institués (15).

II. — Des esclaves.

1° L'esclave qui n'appartient pas au testateur peut être

(4) G., II, § 274. — Aulu-Gelle, 20, 1, § 22. — (5) Cicér., *in Verrem*, I, 41 et 43. — St-Augustin, *De civitate Dei*, 3, 21. — (6) J., § 12, h. t. et II, 20, § 25. — G., II, § 238. — (7) U., 24, § 19. — J., III, 9, pr. — (8) J., III, 9, pr. et II, 20, § 28. — (9) U., 24, §§ 5, 6. — Tit. Live, *Epitome*, 58, 59, 70. — (10) U., 24, § 6. — (11) L. 1. C., *De sacrosanctis ecclesiis*, 1, 2. — L. 12, C., h. t. — (12) Voyez note 4 *suprà*. — (13) J., II, 20, § 28. — (14) Basiliques, 41, 18, 29. — (15) L. 3, C., *De apost.* 1, 7. — L. 4, § 2, C., *De hæret.* 1, 5. — L. 5, § 1, C., *Ad leg. Jul. maj.*, 9, 8. — L. 1, L. 2, C., *De sec. nupt.*, 5, 9.

Digitized by Google

institué pourvu que son maître puisse l'être (16). L'institution profitera au maître sur l'ordre duquel l'esclave fera adition d'hérédité (17).

2° Le testateur peut instituer son esclave, à la condition de l'affranchir par le testament (18). Sous Justinien l'institution emporte affranchissement (19). L'esclave est alors héritier *nécessaire*; mais s'il est aliéné ou affranchi du vivant du testateur, son nouveau maître, ou lui-même, ne seront qu'héritiers *externes* (20).

De l'institution de l'esclave dont on est nu-propriétaire (21); co-propriétaire (22). Sous Justinien, dans ce cas, l'esclave sera affranchi et héritier *nécessaire*, mais obligé de désintéresser les autres propriétaires (23). On peut instituer l'esclave d'une hérédité jacente, si l'on eût pu instituer le défunt (24).

III. — Les Latins-Juniens. Ils ont la capacité d'*être institués*, mais non celle de *capere hereditatem*, à moins qu'ils n'acquièrent la qualité de citoyen dans un certain délai (renvoi plus bas).

IV. — La capacité d'*être institué* est requise à trois époques (25) : 1° Époque de la confection du testament. 2° Époque du décès du testateur ou de l'arrivée de la condition, si l'institution est conditionnelle, en d'autres termes, époque de la *délation* de l'hérédité. 3° Époque de l'adition d'hérédité, c'est-à-dire de l'*acquisition* par l'héritier *externe*. Entre le testament et le décès (ou l'arrivée de la condition), la capacité n'est pas nécessaire (26). Entre le décès (ou la condition) et l'adition, la capacité est requise.

§ 2. — Capacité de *capere hereditatem*.

Généralités. — Ces incapacités étaient édictées dans le but de forcer l'institué à acquérir une certaine qualité au plus tard cent jours après l'ouverture du testament. Diffé-

(16) L. 36, D., *De stip. serv.*, 45, 3. — U., § 9, h. t. — L. 31, pr., D., h. t. — (17) J., § 1, h. t. — L. 2, § 2, D., *De b. p. s. t.*, 37, 11. — (18) J., I, 6, § 2 et pr., § 1, h. t. — G., II, §§ 186, 187. — U., § 7, h. t. — (19) L. 5, C., *De neces. serv. her.*, 6, 27. — (20) G., II, § 188. — J., pr., § 1, h. t. — U., § 12, h. t. — (21) U., 1, § 19. — J., pr., h. t. — (22) U., § 10, h. t. — L. 6, § 3, D., h. t. — (23) J., II, 7, § 4. — L. 1, pr., §§ 1, 5, 7, C., *De communi servo manum.*, 7, 7. — (24) J., § 2, h. t. — L. 52, D., h. t. — (25) J., II, 19, § 4. — (26) L. 59, § 4, D., h. t.

Digitized by Google

rences entre l'incapacité *d'être institué* et celle de *capere hereditatem* : 1° La capacité de *capere* n'est exigée qu'avant l'expiration du délai de cent jours (1). 2° Le testament instituant un incapable de *capere* n'en révoque pas moins le testament antérieur (2). 3° Différences quant au droit d'accroissement (renvoi plus bas). — Cette incapacité s'appliquait aux successions testamentaires, civiles ou prétoriennes (2 *bis*).

Des personnes incapables de *capere hereditatem*.

A) Époque classique. Ce sont : le Latin-Junien (2 *ter*) ; les *cælibes* (3), les *orbi* (4) ; les *solitarii patres* (5) sont aussi frappés d'incapacité par les *lois caducaires*, dont le but est de pousser au mariage et à la procréation des enfants. Règles spéciales entre époux (6). Personnes exceptées des incapacités prononcées par ces lois : 1° Personnes ayant le *jus antiquum* (7) ; ces personnes sont capables de *capere* non seulement leur part, mais encore, par droit d'accroissement, celle des héritiers défaillants. 2° Personnes ayant la *solidi capacitas* (8). Ces personnes prennent leur part, mais ne profitent pas des parts caduques, ni des *in causâ caduci*.

B) Époque de Justinien. Abolition des incapacités précédentes (9). Nouvelles incapacités analogues à celle de *capere* : 1° Incapacité du second conjoint en cas d'existence d'enfants du premier lit (10). 2° Incapacité de la concubine et des *liberi naturales* en cas d'existence d'enfants légitimes (11).

SECTION IV. — *Des institutions d'héritier et des substitutions* (J., II, 14. — D., *de heredibus instituendis*, 28, 5. — C., *eod.*, 6, 24).

§ 1. — *Des institutions d'héritier et de leur forme* (1). — L'institution est la désignation de l'héritier ou des héri-

(1) G., II, § 170. — U., 17, § 1 et 32, § 3. — (2) G., II, § 144. — (2 *bis*) C. 12, § 1, D., *De bon. pos.*, 37, 1. — (2 *ter*) Voy. note 1. — (3) Voy. note 1. — (4) G., II, § 286. — (5) U., 13. — (6) U., 16 et 15. — (7) U., 18. — (8) U., 16 et 14. — V., §§ 216 à 230. — (9) L. 1, C., *De inf. pœn. cœlib.*, 8, 58. — L. 1, C., *De bad. toll.*, 6, 51. — (10) L. 6, C., *De sec. nupt.*, 5, 9. — Comp. c. civ. art. 1098. — (11) L. 2, C., *De nat. lib.*, 5, 27.

(1) J., II, 14.

Digitized by Google

tiers; c'est la base nécessaire du testament (2). Les substitutions sont des institutions qui ne se trouvent pas nécessairement dans un testament et qui sont toujours conditionnelles. — Formes de l'institution ; elle devait anciennement être conçue en termes impératifs (3) et se trouver en tête du testament (4). Le testateur devait disposer de toute son hérédité : *Nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest* (5). S'il n'avait disposé que d'une partie de sa succession, l'héritier institué pour partie recueillait le tout. De même en cas d'institution *ad rem certam* (6). Motifs de la maxime : *Nemo*, etc. (7). En n'instituant pas ses héritiers *ab intestat*, le testateur manifeste l'intention de les écarter. Exceptions à la règle : 1° Testament militaire. 2° Diversité de jugements dans le cas de *querela de inofficioso testamento* intentée successivement par le légitimaire contre deux institués (8).

§ 2. — *Modalités de l'institution.* (D., *de conditionibus institutionum*, 28, 7.)

1° Modalités interdites. Règle : *semel heres, semper heres* (1). L'hérédité étant composée de droits perpétuels, la qualité d'héritier, c'est-à-dire de titulaire de ces droits, ne peut être acquise pour un temps. Conséquences : point d'institution à terme certain, suspensif ou extinctif, ni d'institution sous condition extinctive ou résolutoire (2) ; les modalités interdites sont réputées non écrites. — Exception pour le testament militaire (3). — 2° Modalités permises en principe. *a*) Condition suspensive (4). Effets de l'arrivée de la condition (5) ; l'institué conditionnel est censé avoir toujours été héritier en vertu de la règle : *semel heres, semper heres* ; mais il ne faut pas dire que la

(2) G., II, § 229. — (3) G., II, §§ 107, 116, 117. — U., 21. — L. 1, § 5, D., h. t. — L. 15, C., *De testam.*, 6, 23. — (4) L. 1, pr., D., h. t. — G., II, § 31. — U., 25, § 8. — J., II, 20, § 34. — L. 24, C., *De testam.*, 6, 23. — (5) J., § 5, h. t. — L. 7, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (6) L. 41, § 8, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28, 6. — L. 1, § 5, L. 35, pr., § 1, D., h. t. — L. 18, C., h. t. — (7) L. 7, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (8) J., § 5, h. t. — L. 15, § 2, D., *De inof. test.*, 5, 2.

(1) L. 98, D., *De hered. instit.*, 28, 5. — L. 7, § 10, *in fine*, D., *De minoribus*, 4, 4. — (2) J., II, 14, § 9. — L. 34, D., h. t. — (3) L. 15, § 4, D., *De test. milit.*, 29, 1. — (4) J., II, 14, § 9. — L. 42, D., h. t. — (5) L. 32, D., *De adq. her.*, 29, 2.

Digitized by Google

condition *retroagit* (6). — Diverses espèces de conditions suspensives : 1° Condition casuelle ; — potestative ; — mixte (6 *bis*). Quand la condition est-elle réputée accomplie ? Lorsque l'accomplissement de la condition dépend de la volonté de l'institué et de celle d'un tiers, le refus de ce dernier vaut accomplissement de la condition en faveur de l'institué (7). 2° Conditions conjointes ; — séparées (8). 3° Condition positive ; — négative ; cette dernière est accomplie quand il est sûr que l'événement prévu n'arrivera pas. De la condition potestative négative et de la *caution Mucienne* (9).

Cas où les conditions suspensives ne sont pas permises : 1° Elles annulent l'institution lorsqu'elles sont : contradictoires *(perplexæ)* (10) ; — captatoires (11) ; — purement potestatives de la part d'un tiers (12) ; — prépostères (dans le droit classique). Enfin l'institution *à titre de peine* était nulle avant Justinien (13). — 2° Elles sont réputées non-écrites lorsqu'elles sont : impossibles (14) ; — illicites (15) ; — (les Proculiens n'avaient pas soutenu que ces conditions annulaient les institutions, comme elles annulaient d'après eux les legs, et, selon tous, les stipulations (16) ; tout le monde regardait ici ces conditions comme non écrites pour éviter la nullité du testament). Tempéraments que reçoit la règle précédente (17). Critique de la théorie du Code civil (18)

b) Modus (à charge de...). Le *modus* diffère de la condition en ce qu'il ne suspend pas l'efficacité de l'institution et en ce que l'impossibilité d'exécution vaut exécution (19).

(6) J., II, 19, § 4. — (6 *bis*) L. 3, L. 11, D., h. t. — (7) L. 23, L. 9, D., h. t. — L. 31, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (8) J., II, 14, § 11. — (9) L. 7, pr., L. 18, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (10) L. 16, D., h. t. — (11) L. 70, L. 71, § 1, D., *De hered. instit.*, 28, 5. — (12) L. 32, D., *eod.* — (13) G., II, § 243. — U., 24, § 17. — J., II, 20, § 36. — D., *De his quæ pœnæ nomine*, 34, 6. — C., *eod.*, 6, 41. — (14) J., II, 14, § 10. — P., III, 4 b, § 1. — (15) L. 22, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 14, D., h. t. — N. 22, c. 44. — P., III, 4 b, 32. — (16) G., III, § 98. — L. 31, D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 20, pr., D., h. t. — L. 6, § 1, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (17) L. 27, D., h. t. — L. 4, § 1, D., *De statulib.*, 40, 7. — L. 19, L. 10, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 23, § 2, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — L. 6, § 1, L. 31, L. 72, §§ 4 et 7, L. 94, pr., D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 4, C., *eod.*, 6, 46. — (19) Arg. L. 80, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 54, § 2, D., *De leg.*, 1°, 30.

+ (18) C. civ., art. 900.

Digitized by Google

C'est l'intention du testateur qui permet de distinguer s'il y a *modus* ou condition (20).

C) Terme incertain. Événement qui se produira certainement, mais à une époque inconnue. *Dies incertus in testamento conditionem facit* (21). Pourquoi ? Renvoi aux legs.

§ 3. — *De l'institution de plusieurs héritiers et du droit d'accroissement.*

A) De l'institution de plusieurs héritiers.

De la division de l'hérédité, considérée comme unité *(as)*, en douzièmes *(unciæ)* (22). Trois hypothèses : 1° Le testateur a assigné à chacun sa part ; si le total ne fait pas un *as* ou dépasse un *as*, on change les fractions proportionnellement. 2° Il n'a assigné de parts à personne ; chaque institué, ou chaque groupe d'institués réunis dans une même phrase, a droit à une part virile (23). 3° Le testateur a assigné des parts à quelques-uns des institués ; les autres prennent ce qui reste de l'*as*, ou de deux *as*, ou de trois *as*, etc.

B) Droit d'accroissement (24). *a*) Avant les lois caducaires. — La part des institués défaillants appartient aux autres institués par voie de *non-décroissement*, et en vertu de la maxime : *nemo partim testatus*, etc. L'accroissement se faisait en principe proportionnellement aux parts des institués non défaillants. Cependant lorsque le testateur a appelé quelques-uns de ses héritiers *à une seule et même part*, soit par une seule disposition *(conjuncti re et verbis)*, soit par plusieurs dispositions *(conjuncti re tantum)*, la part de l'un des *conjuncti* défaillant revient *exclusivement* à ceux qui étaient *conjuncti* avec lui. Si le testateur a appelé plusieurs de ses institués par une seule et même disposition, mais en assignant à chacun d'eux une part distincte *(conjuncti verbis tantum)*, le principe de l'accroissement proportionnel aux

(20) L. 19, pr., D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — Art. 1040, C. civ. — (21) L. 75, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (22) J., II, 14, §§ 5 à 8. — (23) L. 59, § 2, D., *De her. inst.*, 28, 5. — (24) J., III, 4, § 4.

Digitized by Google

parts est maintenu (25). — L'accroissement était forcé (26) *(portio portioni adcrescit)* (27). Il avait lieu *sine onere* (28). Abrogation de cette règle par suite de l'extension au cas d'accroissement d'un rescrit de Septime-Sévère (29), qui décidait que le substitué venant recueillir l'hérédité à la place de l'institué défaillant supporterait toutes les charges dont ce dernier était grevé (30). La règle fut pourtant maintenue dans le cas où la disposition défaillie était nulle *ab initio* (31).

b) Époque des lois caducaires. 1° Des *pro non scriptis* (institution nulle *ab initio)* : droit d'accroissement maintenu au profit de ceux qui pouvaient prendre leur part (32). — 2° Caduques (parts des institués frappés par les lois caducaires) : elles appartiennent aux *heredes patres*, à leur défaut à l'*ærarium*, depuis Caracalla au fisc (33). — 3° Des *in causa caduci* (institutions valables *ab initio*, mais devenues nulles indépendamment des lois caducaires) : mêmes règles, sauf qu'ici les personnes ayant le *jus antiquum* profitent de l'accroissement avec les *heredes patres* (34). — L'acquisition des caduques a lieu de plein droit *(lege)* et avec charges, mais on peut la répudier (35).

c) Époque de Justinien. Retour à l'ancienne théorie de l'accroissement (36).

§ 4. — *Des substitutions.*

I. — De la substitution vulgaire. (J., II, 15. — G., II, §§ 174-179. — D., *De vulgari et pupillari substitutione*, 28, 6. — C., *De impuberum et aliis substitutionibus*, 6, 26).

La substitution vulgaire est une institution conditionnelle faite pour le cas où l'héritier du premier rang ne

(25) L. 59, § 3, L. 63, L. 67, D., *De hered. instit.*, 28, 5. — L. 142, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (26) L. 53, § 1, D., *De adq. vel om. hered.*, 29, 2. — L. 25, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 1, C., *De cad. tol.*, 6, 51. — (27) L. 26, § 1, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (28) L. 122, § 1, D., *De legatis 1°*, 30. — (29) L. 91, § 1, D., *De legatis 2°*, 31. — (30) L. 49, § 4, D., *eod.* — (31) L. 1, § 3, § 10, C., *De cad. tol.*, 6, 51. — (32) D., *De his quæ pro non scriptis*, 34, 8. — (33) L. 142, D., *De V. S.*, 50, 16. — G., II, § 286. — Tacite, *Annales*, III, 28. — U., 17, § 2. — L. 1, § 4, C., *De cad. tol.*, 6, 51. — (34) U., 18. — (35) U., 19, § 17. — 17, § 3. — *Frag. De jure fisci*, § 3. — (36) L. 1, C., *De cad. tol.*, 6, 51.

Digitized by Google

pourrait ou ne voudrait recueillir la succession. Elle était très usitée (vulgaire), parce qu'elle diminuait les chances d'invalidité du testament. Les testateurs peu solvables substituaient généralement au dernier degré leur esclave pour s'assurer en tout cas un héritier *nécessaire. Au dernier degré,* parce qu'en cas d'insolvabilité de la succession l'esclave ne la recueillait qu'à défaut de tout autre appelé ; il était donc inutile, dans ce cas, de le substituer à un degré plus élevé (1). La substitution vulgaire étant une institution conditionnelle est soumise aux mêmes règles que l'institution (2). Lorsque le substitué est l'un des institués, l'*adition* (acceptation de la succession) qu'il fait en vertu de l'une de ces deux qualités emporte de plein droit acquisition éventuelle en vertu de l'autre qualité (3). — Diverses manières de faire la substitution vulgaire : substitution *invicem* (4), (les institués sont substitués les uns aux autres). Son utilité : 1° Elle sert à éluder les lois caducaires. 2° Sous Justinien elle modifie les effets de l'accroissement. — Maxime : *substitutus substituto, substitutus instituto* (5). — En principe, l'institué, venant à la succession, exclut le substitué (6). Cependant dans trois cas le substitué partageait avec l'institué : 1° Institution faite avec *crétion,* sans exhérédation *(cretio imperfecta)* avant Marc-Aurèle (7). 2° Erreur sur la qualité de l'institué qui se trouve être esclave (8). 3° Cas où l'un des maîtres de l'esclave institué refuse de faire adition (9). De plus, dans deux cas le substitué excluait l'institué : l'institué, mineur de 25 ans, se fait restituer contre son acceptation, et le substitué est l'esclave d'un testateur insolvable (10). (Voyez plus haut texte, et note 1).

II. — Substitution pupillaire. *(Pupillare testamentum.)* (J., II, 16.)

(1) J., pr., h. t. — J., I, 6, § 1. — L. 57, D., *De hered. inst.*, 28, 5. — (2) L. 81, D., *De adq. vel om. hered.*, 29, 2. — L. 3. §§ 3 et 6, L. 14, § 1, D., *De lib. et post.*, 28, 2. — (3) L. 81, L. 76, D., *De adq. vel om. hered.*, 29, 2. — L. 6, C., h. t. — (4) J., §§ 1, 2. — L. 23, L. 45, § 1, D., h. t. — L. 9, D., *De suis. et leg.*, 28, 16. — (5) J., § 3. — L. 126, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 61, § 1, D., *De leg.* 2°, 31. — L. 4, C., *Ad Snc. Trebell.*, 6, 49. — Comp. L. 41, L. 27, D., h. t. — (6) L. 69, D., *De adq. her.*, 29, 2. — (7) G., II, §§ 177, 178. — U., 22, § 34. — (8) J., § 4. L. 40, L. 41, D., *De hered. instit.*, 28, 5. — (9) L. 48, pr., D., h. t. — (10) L. 7, § 1, D., *De minor.*, 4, 4. — L. 48, D., h. t.

Digitized by Google

C'est le testament fait, accessoirement à celui qu'il fait pour lui-même, par un *p. f.* pour l'enfant impubère qu'il avait sous sa puissance, et en prévision du cas où cet enfant mourrait après lui, avant d'avoir atteint l'âge de la puberté, et par conséquent avant d'avoir pu tester (11). On l'appelait substitution *au second cas*, lorsque, ce qui arrivait souvent, le substitué pupillaire était le même que le substitué vulgaire (12). Les difficultés de cette matière, sans grand intérêt pour nous, viennent de ce qu'il y a eu des dérogations successives aux règles anciennes par suite desquelles : 1° il fallait probablement instituer son fils pour pouvoir lui donner un substitué pupillaire ; règle abrogée plus tard (13) ; 2° les deux testaments n'en formaient qu'un seul (14) ; 3° il n'y avait qu'une seule hérédité ; controverses (15).

La substitution pupillaire pouvait être faite par celui qui avait, au moment où il testait et au moment de son décès, la puissance paternelle sur l'impubère que ce décès devait rendre *sui juris* (16). Exceptions (17). La substitution pupillaire était soumise aux mêmes conditions de forme et de fond que l'institution d'héritier (18).

Des diverses manières dont la substitution pupillaire pouvait être faite : 1° Substitution avec institution ou exhérédation du pupille (19). 2° Substitution pour chaque enfant ou au dernier mourant d'entre eux (20). 3° Substitution tacite : le substitué vulgaire est présumé substitué pupillaire et réciproquement (21). 4° Substitution : *quisquis mihi heres erit, filio meo impuberi heres esto* (22), ce qui suppose le fils exhérédé, ou institué avec d'autres.

Effets de la substitution pupillaire. Elle s'étend à tous les biens du pupille (22 *bis*). Lorsque la substitution pupillaire s'ouvrait, y avait-il deux hérédités ; ou bien l'hérédité du fils n'était-elle qu'une portion de celle du père ? Controverses romaines. Intérêts de la question (23).

(11) J., II, 13, pr., *in fine*. — (12) L. 8, C., h. t. — (13) L. 4, § 1, D., h. t. — (14) G., II, § 180. — L. 28, D., *De reb. auctor. jud.*, 42, 5. — (15) G., II, § 180. — (16) J., § 9 et § 4. — (17) J., § 4. — L. 2, L. 10, § 6, D., h. t. — (18) J., § 6, § 3. — G., II, § 181. — L. 20, L. 10, § 1, D., h. t. — (19) J., § 4. — G., II, § 182. — L. 31, pr., D., h. t. — (20) J., § 6. — (21) L. 4, pr., D., h. t. — (22) J., § 7. — L. 8, pr., § 1, D., h. t. — (22 *bis*) L. 10, § 5, D., h. t. — (23) L. 29, C., *De jure deliberandi*, 6, 30. — L. 42, D., *De adq. hered.*, 29, 2. — L. 28, D., *De reb. auct.*, 42, 5.

Digitized by Google

Comment s'éteint la substitution pupillaire (24)? Privilèges des militaires (25).

III. — Substitution quasi-pupillaire ou exemplaire. C'était la substitution faite par un ascendant pour son descendant *furiosus* (26). Sous Justinien l'ascendant doit substituer tout d'abord les enfants, puis les frères et sœurs du *furiosus*.

SECTION V. — *Des différentes classes d'héritiers, de l'acquisition et de la répudiation de l'hérédité.*

I. — *Des différentes classes d'héritiers.* (J., II, 19. — G., II, §§ 151 et s. — D., *De heredibus instituendis*, 28, 5.)

Trois classes d'héritiers : *nécessaires, siens et nécessaires, externes* (1). Les deux premières classes ne peuvent répudier la succession.

A) Des héritiers nécessaires (les esclaves du testateur). A quelles conditions un esclave était-il héritier nécessaire? Il fallait : 1° qu'il appartînt au testateur au moment du testament (2) ; 2° et au moment du décès du testateur (3) ; 3° qu'il devînt libre en vertu du testament (4). De l'esclave dont le testateur avait la co-propriété, la nue-propriété, l'usufruit. L'héritier nécessaire ne peut répudier, mais le préteur lui accorde le bénéfice de la *séparation des patrimoines* (5).

B) Des héritiers siens et nécessaires. On les appelle *sui heredes*, héritiers d'eux-mêmes, parce qu'ils étaient en quelque sorte co-propriétaires du patrimoine du *p. f.* dès avant le décès de celui-ci. Ce sont les descendants qui se trouvaient sous la *pat. pot.* du *p. f.* lors de son décès, et que ce décès rend *sui juris*; en outre les posthumes à la mort et les posthumes *Aquiliens*. L'institution du petit-fils avec exhérédation du fils n'empêche pas ce dernier de devenir ainsi héritier sien et nécessaire (7). L'héritier n'a

(24) J., § 5, § 2. — L. 34, § 2, L. 41, § 2, D., h. t. — L. 10, C., *De leg. hered.*, 6, 58. — (25) L. 2, § 1, L. 10, § 5, L. 45, D., h. t. — L. 41, §§ 4 et 5, D., *De test. mil.*, 29, 1. — (26) L. 43, pr., D., h. t. — L. 9, C., h. t. (1) J., pr., h. t. — G., II, § 152. — (2) L. 50, L. 49, D., h. t. — (3) L. 9, § 16, L. 50, D., h. t. — (4) L. 90, D., h. t. — (5) G., II, § 154. — L. 1, § 48, D., *De separ.*, 42, 6. — G., II, § 155 ; III, § 56. — (6) J., § 2. — L. 6, § 5, D., h. t. — (7) L. 69, D., *De adq. her.*, 29, 2. — P., IV, 8, § 5.

Digitized by Google

pas besoin de faire adition, mais d'un autre côté, il ne peut répudier l'hérédité même mauvaise. Cependant le préteur lui accorde le bénéfice d'*abstention* (8). Différences entre le bénéfice d'abstention et le bénéfice de séparation des patrimoines. Effets du bénéfice d'abstention (9).

Des personnes *in mancipio* et *in manu* (9 *bis*).

C) Des héritiers externes. — Ils peuvent accepter ou répudier l'hérédité (10).

II. — *De l'adition d'hérédité* (D., *De adquirenda vel omittenda hereditate*, 29, 2).

Elle a lieu soit : 1° Par la *crétion*, déclaration faite au moyen de paroles solennelles (11). 2° *Nuda voluntate* (12). 3° *Re*, c'est-à-dire *pro herede gerendo* (13). — L'adition d'hérédité doit toujours être pure et simple (14).

Lorsque l'institution avait eu lieu avec crétion et exhérédation (*cretio perfecta*), l'institué devait, sous peine d'exclusion, accepter par la crétion (15). Si la *cretio* était *imperfecta* (sans exhérédation), controverses entre les jurisconsultes (16) ; concours de l'institué et du substitué depuis la décision de Marc-Aurèle (17).

Pour que l'adition soit valable, il faut : 1° Que l'hérédité soit ouverte. 2° Que l'héritier soit certain de sa vocation (18). 3° Qu'il ait la capacité requise (19). Règle : *hereditas nundum adita non transmittitur* (20). Sous Justinien cette règle est abrogée dans le cas où l'institué meurt dans l'année de l'ouverture de la succession (21). A l'époque des lois caducaires, l'adition ne pouvait avoir lieu qu'après l'ouverture du testament (21 *bis*). Snc. Silanien (21 *ter*).

(8) J., § 2. — L. 12, L. 54, pr., D., *De adq. her.*, 29, 2. — (9) G., II, § 158; III, §§ 67 et 63. — L. 2, § 8, D., *Ad Snc. Tertull.*, 38, 17. — L. 6, C., *Ad leg. Falcid.*, 6, 50. — L. 38, D., *De adq. her.*, 29, 2. — L. 8, D., *De jure delib.*, 29, 3. — L. 6, C., *De rep. vel abst. her.*, 6, 31. — Art. 790, C. civ. — (9 *bis*) G., II, § 160. — (10) J., § 3. — (11) G., II, §§ 165 à 167. — U., 22, §§ 25 et s. — L. 9, C., *Qui adm. ad. bon.*, 6, 9. — (12) J., § 7. — L. 69, D., h. t. — (13) J., § 7. — U., 22, § 25. — (14) L. 71, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (15) G., II, §§ 167, 164. — U., 22, §§ 27 et 34. — (16) G., II, §§ 177, 178. — (17) U., 22, § 34, *in fine*. — (18) L. 13, § 1, L. 22, L. 32, L. 46, D., h. t. — (19) L. 6, pr., L. 25, § 5, L. 8, § 1, L. 9, D., h. t. — J., I, 24, § 1, L. 18, § 2, C., *De jure delib.*, 6, 30. — (20) L. 1, C., *De cad. tol.*, 6, 51. — J., II, 17, § 2. — (21) L. 19, C., *De jure delib.*, 6, 30. — (21 *bis*) P., IV, 6, §§ 1, 2, 3. — U., 17, § 1. — L. 1, § 4, D., *De juris ignor.*, 22, 6. — L. 21, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (21 *ter*) D., *De Snc. Silano*, 29, 5, etc.

Digitized by Google

Des délais pour délibérer (D., *De jure deliberandi*, 28, 8. — C., *eod.*, 6, 30). — 1° Délai de la crétion (22). Crétion vulgaire ou continue (23). 2° Délais du préteur (24) (généralement 100 jours). Après le délai l'institué est présumé renonçant. 3° Législation de Justinien. Délai de neuf mois accordé par le magistrat ; après son expiration, l'institué est présumé acceptant (25).

Conséquences de l'adition d'hérédité. — Confusion des deux patrimoines, obligation de payer les dettes, — et les legs (sauf la Falcidie). La possession du défunt ne passe pas de plein droit à l'héritier (26).

Inconvénients de l'adition. — 1° Pour les créanciers de l'héritier, si l'hérédité est mauvaise. Pas de remède, sauf le cas de fraude (27). 2° Pour l'héritier lui-même ; remède : *bénéfice d'inventaire* (28), introduit par Justinien, accordé à la condition de commencer un inventaire dans le mois de l'ouverture du testament et de le terminer, en principe, dans les trois mois. Ce bénéfice est déclaré inconciliable avec le droit de délibérer ; l'héritier ne peut être poursuivi pendant le délai pour faire inventaire ; il n'est tenu des dettes qu'*intrà vires* et ne confond pas son patrimoine avec celui du défunt. 3° Pour les créanciers du défunt. Remède : *séparation des patrimoines* ; autres applications de cette institution (29). La séparation des patrimoines se présente ordinairement comme un incident de la *venditio bonorum* de l'héritier. Les créanciers du défunt demandent que les biens de la succession soient distingués de ceux de l'héritier et que le prix des premiers leur soit exclusivement attribué. Tout créancier peut demander la séparation (30), dans les cinq ans de l'acquisition de l'hérédité (31). Les créanciers du défunt se paient sur les biens du défunt, et de plus ils peuvent, suivant Papinien, contrairement à l'avis de Paul et d'Ulpien (32), s'adresser à l'héritier après le

(22) G., II, § 170. — (23) G., II, §§ 174 à 176. — U., 22, § 31. — (24) G., II, § 67. — L. 1, §§ 1, 2, 3, D., h. t. — L. 69, *in fine*, D., *De adq. hered.*, 29, 2. — (25) L. 22, §§ 13 et 14, C., h. t. — (26) L. 23, pr., D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (27) L. 20, D., *De usurp.*, 41, 3. — (28) J., II, 19, §§ 5, 6. — L. 22, C., *De jure delib.*, 6, 30. — Art. 797, 800, 809, C. civ. — Art. 174, C. pr. — (29) L. 1, § 18, D., *De separ.*, 42, 6. — (30) L. 5, pr., § 1, L. 4, §§ 1, 6, D., *eod.* — L. 7, C., *De bonis auctor. jud. pos.*, 7, 72. — (31) L. 1, § 13, D., *De separ.*, 42, 6. — (32) L. 3 § 2., L. 5, pr., L. 1, § 17, D., *eod.*

Digitized by Google

paiement des créanciers de celui-ci. Les créanciers priment les légataires (32 *bis*). Le droit à la séparation des patrimoines s'éteint par la confusion des deux patrimoines, par l'aliénation de l'hérédité et par le fait d'avoir accepté l'héritier pour débiteur (33).

III. — *De la répudiation de l'hérédité.* L'hérédité peut être répudiée : 1° *Nuda voluntate* (sauf pendant le délai de la crétion) ; 2° *Re*. 3° *Tempore* (34). Sa validité est soumise aux mêmes règles que celle de l'acceptation.

IV. — *De l'hérédité jacente.* L'hérédité est jacente tant que l'héritier externe ne l'a pas acceptée. Logiquement, les esclaves de cette hérédité ne devraient rien pouvoir acquérir ni stipuler, puisqu'ils n'ont aucun maître dont ils puissent emprunter la capacité. Remède : introduction d'une fiction qui accorde la personnalité juridique à l'hérédité jacente : *hereditas jacens sustinet personam* (35). Après controverse (36) on décida que l'hérédité jacente *sustinet personam* DEFUNCTI, *non* HEREDIS. D'ailleurs l'adition une fois faite n'attribue pas rétroactivement à l'hérédité jacente la personnalité de l'héritier (controverses romaines). Intérêt de la question en cas de stipulation faite *nominatim* au profit de l'héritier par un esclave de l'hérédité jacente (37).

SECTION VI. — *Des causes de nullité des testaments.*

Division. — Nullités absolues, nullités relatives. — Nullités de droit civil, nullités de droit prétorien (*bonorum possessio contra tabulas*).

§ 1. — Nullités absolues (J., II, 17. — D., *De injusto rupto testamento*, 28, 3).

Les nullités absolues se produisent tantôt *ab initio* (*testamentum* INJUSTUM), tantôt *ex post facto* (*testamentum* RUPTUM ; IRRITUM ; DESERTUM) (1).

A) Testament nul *ab initio* (*injustum*). 4 cas : 1° Vices

(32 *bis*) L. 4, § 1, L. 6, pr., D., *eod.* — (33) L. 1, §§ 10, 11, 12, 15. — L. 2. — L. 7, D., *eod.* — (34) J., II, 19, § 7. — L. 69, L. 95, D., *De adq. vel om. hered.*, 29, 2. — L. 22, § 14, C., *De jure delib.*, 6, 30. — (35) L. 18, § 2, D., *Ad. leg. Aq.*, 9, 2. — L. 31, § 1, D., *De hered. instit.*, 28, 5. — L. 73, § 1, D., *De V. O.*, 45, 1. — (36) J., II, 14, § 2. — L. 34, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 24, D., *De novat.*, 46, 2. — (37) L. 54, D., *De adq. her.*, 29, 2. — L. 24, § 4, L. 46, D., *De stip. serv.*, 45, 3.

(1) J., § 5, h. t. — L. 1, D., h. t.

Digitized by Google

de forme. 2° Incapacité du testateur. 3° Incapacité de l'institué. Le préteur ne tenait pas toujours compte de ces causes de nullité ; malgré elles il donnait dans certains cas la *bonorum possessio secundum tabulas* (succession testamentaire prétorienne) (2). 4° *Omission d'instituer ou d'exhéréder les héritiers siens.*

DÉVELOPPEMENT DE CE QUATRIÈME CAS (J., II, 13. — D., *De liberis et postumis*, 28, 2).

GÉNÉRALITÉS. — La loi des XII tables laissait au testateur une liberté absolue (1) ; comment donc s'introduisit la nécessité d'instituer ou d'exhéréder les héritiers siens ? Cette nécessité n'eut pas pour but à l'origine de protéger les héritiers siens, mais, lorsque le testateur avait omis de les instituer ou de les exhéréder, cette omission démontrait que le testateur avait ignoré l'existence de ces héritiers ; exemples : posthumes (2), fils que l'on croyait mort (3) ; dès lors l'annulation du testament était conforme, et non pas contraire aux intentions du testateur. Plus tard on étendit cette solution même au cas où le testateur avait *intentionnellement* omis d'instituer ou d'exhéréder des héritiers siens (4) ; la règle eut alors pour but la protection des héritiers siens, et pour motif leur droit de copropriété (5).

— *Théorie de l'exhérédation.* — 1° Droit civil. Le testateur devait instituer ou exhéréder les enfants sous sa puissance lors de la confection du testament et en ordre de lui succéder *ab intestat.* — Du fils : il devait être exhérédé *nominativement*, à peine de nullité du testament (6). Les filles et les petits-enfants pouvaient être exhérédés *inter ceteros* c'est-à-dire par la formule générale : *ceteri exheredes sunto ;* en cas de prétérition le testament n'est pas nul, mais ces personnes sont censées avoir été instituées pour une part virile, si l'institué était un *suus heres*, et pour la moitié dans le cas contraire (*jus adcrescendi*) (7). Le tes-

(2) G., II, § 119. — L. 3, § 4, D., *De bon. pos.*, 36, 1. — L. 3, D., *De b. p. sec. tab.*, 37, 11.

(1) U., 11, § 14. — (2) Cicer., *De oratore*, 1, 55. — (3) Valère-Maxime, 7, 7, 1. — (4) Cicér., *De oratore*, 1, 38. — (5) Arg. L. 11, D., h. t. — (6) G., II, §§ 127, 123. — L. 7, D., h. t. — J., pr., h. t. — (7) G., II, §§ 124, 127, 128. — U., 22, § 20. — L. 4, C., *De lib. præter.*, 6, 28.

Digitized by Google

tateur devait aussi instituer ou exhéréder ses posthumes; s'il y manquait, le testament n'était pas nul *ab initio (injustum)* mais il était *ruptum* par l'agnation d'un héritier sien (le posthume). On n'était pas tenu d'instituer ou d'exhéréder ses descendants par les filles (8). Les militaires étaient affranchis de la règle (8 *bis*).

2° Droit prétorien. Le préteur ordonne d'instituer...etc., tous ceux dont le droit civil, par suite d'une émancipation, n'exigeait pas l'institution... etc. 4 cas (9). — L'adopté devait être aussi institué... etc. par son père naturel, si avant le décès de celui-ci il avait été émancipé par l'adoptant (10). En outre le préteur exige que les petits-fils soient exhérédés nominativement (11). Il donne dans tous ces cas la *bonorum possessio contra tabulas* qui annule le testament. Cependant pour les filles et les petits-enfants, un rescrit d'Antonin décida que la *b. p. c. t.* ne leur donnerait pas plus que le *jus adcrescendi* (12).

3° Droit de Justinien. Il consacre le droit prétorien (13). Spécialités pour le cas d'adoption (13 *bis*). — Exhérédation nominative exigée pour tous les mâles (14). L'omission entraîne toujours la nullité du testament (14 *bis*).

B) Testaments nuls *ex post facto*.

I. — *Testamentum ruptum. a)* Droit civil. 1° *Agnation d'un héritier sien*. Des *posthumes*. On admit qu'il fallait les instituer ou les exhéréder (15). Des posthumes à la mort (16). Des posthumes *Aquiliens*, ou petits-enfants posthumes à la mort (17). Posthumes *Velléiens*, enfants nés après la confection du testament (18). *Quasi-posthumes Velléiens*, petits-enfants nés lors du testament et devenus *sui heredes* depuis, par suite de la mort de leur père (19). Posthumes *Juliens*, petits-enfants nés après le testament, du vivant de leur père et de leur aïeul, devenus ensuite *sui heredes* par le décès de leur père (20). — Généralisation :

(8) J., § 7. — (8 *bis*) J., § 6. — (9) J., §§ 3, 4. — G., II, § 135. — L. 3, § 9, L. 6, § 2, L. 7, L. 17, D., *De bon. pos. contra tab.*, 37, 4. — (10) J., § 4, h. t. et III, 1, § 12. — (11) J., § 3. — G., II, § 129. — (12) G., II, § 126. Voy. aussi note 7. — (13) J., § 5. — (13 *bis*) L. 10, pr., et § 1, C., *De adopt.*, 8, 48. — (14) J., § 4, 5. — (14 *bis*) J., § 5. — (15) G., II, §§ 140, 141. — J., § 4. — (16) U., 22, §§ 19, 22, 23. — J., §§ 1 et 2. — (17) L. 29, pr., D., h. t. — (18) U., 22, § 19. — J., § 1. — (19) J., § 2. — L. 29, § 13, D., h. t. — (20) L. 29, § 15, D., h. t.

Digitized by Google

on peut instituer ou exhéréder par avance tout individu né ou à naître qui acquerra plus tard la qualité d'héritier sien. Par suite de la prétérition d'un posthume quelconque, le testament est rompu par l'agnation de ce posthume (21). — Autres cas d'agnation d'héritiers siens (22).

b) Droit prétorien. Quelquefois le préteur maintenait le testament par la *bonorum possessio secundum tabulas*, malgré l'agnation d'un héritier sien, notamment dans le cas où cet héritier sien omis mourait avant le testateur (23).

2° Révocation du testament. *a*) Par la confection d'un nouveau testament. Il fallait en principe que ce nouveau testament fût valable *ab initio*, mais peu importait qu'il produisît ou non son effet (24). Cas dans lesquels le second testament ne révoquait pas le premier (25). *b*) Par la destruction de l'écrit, ou la radiation des institutions (26). *c*) Par le laps de dix ans (27), joint à un acte authentique de révocation sous Justinien (28).

II. — *Testamentum irritum.* — *Capitis diminutio* subie par le testateur. Le préteur valide pourtant le testament (pourvu qu'il soit valable en la forme comme testament prétorien) si le testateur est mort *sui juris* et citoyen (29). Privilèges des militaires (30).

III. — *Testamentum desertum.* Prédécès, refus ou incapacité de l'institué, défaillance de la condition (31). Conséquence : nullité de toutes les dispositions testamentaires. Cependant le préteur ne permet pas à l'héritier *ab intestat*, institué par testament, de répudier l'hérédité testamentaire pour se porter héritier *ab intestat*, et se dispenser ainsi de payer les legs (32).

(21) J., § 1. — (22) G., II, §§ 138 à 144. — L. 18, D., *De injusto rupto*, 28, 3. — L. 23, pr., et § 1, D., h. t. — (23) L. 3, §§ 10, 11, D., *De b. p. s. t.*, 37, 4. — L. 2, pr., D., *De b. p. s. t.*, 37, 11. — (24) J., II, 17, §§ 2, 3, 7, 8. — L. 2, D., *De injusto rupto*, 28, 3. — (25) L. 12, § 1. D., *eod.* — J., II, 13, § 3. — L. 11, § 2. D., *De b. p. s. t.*, 37, 11. — (26) L. 20, D., *De injusto rupto*, 28, 3. — L. 1, § 3, L. 2, D., *De his quæ in instit.*, 28, 4. — (27) L. 6, C. Th., *De test.*, 4, 1. — (28) L. 27, C., *De test.*, 6, 23. — (29) J., II, 17, §§ 4 et 6. — L. 6, § 7, D., *De injusto rupto*, 28, 3. — L. 11, § 2, D., *De b. p. s. t.*, 37, 11. — (30) L. 22, L. 23, D., *De test. milit.*, 29, 1. — L. 6, § 13, D., *De injusto rupto*, 28, 3. — J., II, 11, § 5. — (31) J., III, 1, §§ 7 et 8. — (32) L. 1, pr., L. 28, § 1, D., *Si quis omissa*, 29, 4. — L. 2, § 1, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28, 6.

Digitized by Google

§ 2. — Nullités relatives des testaments. (Testaments *inofficieux*. J., II, 18. — D., *De inofficioso testamento*. 5, 2. — C., *eod.*, 3, 28. — P., IV, 5.)

I. — De la *légitime* avant Justinien et de la *querela de inofficioso testamento*.

Origine coutumière de la *querela*. Son fondement juridique : le testateur qui manque à l'*officium pietatis* doit être supposé n'avoir pas été sain d'esprit (1). Cette action pouvait être intentée par les descendants, les ascendants et même par les frères et sœurs dans le cas où l'institué était une *turpis persona* (2). — A quelles conditions ?

1° Il fallait que le *querelans* fût héritier ou *bonorum possessor ab intestat* (3).

2° Qu'il n'eût pas reçu une portion suffisante des biens du défunt. Cette portion fut d'abord fixée au quart, parce que le *de cujus* aurait pu, même en instituant le légitimaire faire des legs de manière à ne lui laisser qu'un quart de la succession (quarte Falcidie) (4).

Comment se calcule la quarte légitime ? 1re hypothèse : *un seul légitimaire*. — Il a droit au quart du patrimoine du défunt, en y comprenant les *donations* faites *à cause de mort* et en déduisant les dettes, les frais funéraires et les affranchissements testamentaires ; en un mot, au quart de l'actif net (5).

2e hypothèse : *plusieurs légitimaires*. — Ils ont droit chacun à une part virile de la *quarte*, les renonçants (exhérédés injustement, mais *ne voulant pas* intenter la *querela*), et les indignes (exhérédés justement) comptent pour faire ce calcul. — La légitime est donc attribuée individuellement à chaque légitimaire pour sa part (6). En droit français, la réserve est au contraire attribuée solidairement aux réservataires. — Autre différence : dans le droit ro-

(1) J., pr., h. t. — L. 2, 5, L. 17, § 1, D., h. t. — (2) J., § 1. — L. 27, C., h. t. — (3) L. 6, § 1, D., h. t. — (4) Pline, *Epist.*, 5, 1. — (5) J., § 7. — L. 5, C., *Ad leg. Falcid.*, 6, 50. — L. 2, C., *De donat., mort. causa*, 8, 57. — L. 6, C., h. t. — L. 8, L. 9, D., h. t. — P., § 6, h. t. — (6) J., § 7. — L. 8, § 8, D., h. t. — Théoph., § 7 h. t. — Vernet, *Quotité disponible*, p. 152, 153. — Ragon, *Théorie de la rétention*, etc., I, § 49. — Interprétation Visigothe sur P., IV, 5, § 6. — *Contra* Boissonnade, § 115, qui invoque à tort la L. 1, § 5, D., *De conjung.*, 37, 8. — Voyez Pothier, *Pandectes*, 5, 2, n° 18, note k. — Vinnius, *Quæstion.*, I, cap. 21.

Digitized by Google

main classique la légitime est invariable quel que soit le nombre des légitimaires ; en droit français la réserve varie selon le nombre d'enfants. De là résulte que l'on discute chez nous la question de savoir si les renonçants et les indignes doivent être comptés pour déterminer le *quantum* total de la réserve, question qui ne se présentait pas dans le droit romain classique. — La quarte déterminée, on la compare à ce que le légitimaire a reçu du défunt à titre d'institution, de legs, de fidéicommis, de donation à cause de mort, et même de donation entre-vifs dans certains cas (7).

3° Il fallait encore que le légitimaire eût été *injustement* privé de sa quarte (8).

4° Enfin il fallait qu'il n'eût aucun autre moyen d'obtenir sa légitime (9 et 10).

Des actions qui appartiennent au légitimaire.

A) Querela de inofficioso testamento.

Nature de cette action : c'est une pétition d'hérédité qui emprunte quelques-uns des caractères de l'action d'injures (11). — Ses effets :

1° Quand elle réussit. 1re *hypothèse :* un institué, un légitimaire : chute du testament, ouverture de la succession *ab intestat* (12). — 2e *hypothèse :* un institué, deux légitimaires, dont l'un ne peut intenter la *querela ; a*) parce qu'il a reçu sa quarte, par institution (13), ou d'une autre manière ; il profite alors de la *querela* intentée par l'autre légitimaire (14) ; *b*) parce que, sans avoir rien reçu, il se trouve déchu du droit d'intenter la *querela* ; alors il ne profite pas de la *querela* intentée par l'autre légitimaire (15) ; *c*) parce qu'il y a renoncé en acceptant une libéralité testamentaire inférieure à sa quarte ; ici il profite selon nous de la *querela* intentée par l'autre légiti-

(7) J., § 6. — L. 23, pr., D., h. t. — L. 29, L. 30, § 2, L. 35, § 2, C., h. t. — Voy. Boissonnade nos 124, 162. — *Contra*, Vernet p. 129 ; Accarias t. 1. p. 894. — (8) L. 28, C., h. t. — L. 3, § 5, D., *De b. p. conl. tab.*, 37, 4. — Comp. art. 727 à 731 C. civil. — (9 et 10) J., § 2. — L. 23, pr., L. 8, § 15, D., h. t. — (11) L. 20, L. 17, D., h. t. — (12) L. 8, § 16, L. 17, § 1, L. 29, D., h. t. — L. 14, pr., § 1, D., *De appel.*, 49, 1. — (13) L. 19, D., h. t. — Vernet, p. 135. — (14) Vernet, p. 151. — (15) L. 23, § 2, L. 16, pr., L. 17, pr., D., h. t. — Vernet p. 153. — Pothier, *Pand.*, 5, 2, no 34, notes *f* et *g*. — *Contra*, Accarias, I, § 357, 3b. — Boissonnade, § 102.

Digitized by Google

maire (15 *bis*) ; sans cela il n'aurait pas même la libéralité testamentaire puisque le testament tombe. — 3e *hypothèse*: un légitimaire, deux institués : le testament peut être annulé pour partie, le légitimaire réussissant contre l'un des institués, échouant contre l'autre. Conséquences, notamment quant aux legs (16). — Remarque : ne pas confondre deux questions bien distinctes : 1° Quels légitimaires faut-il compter pour déterminer la part à laquelle chacun a droit. 2° Le testament étant rompu sur la demande d'un des légitimaires, l'autre en profite-t-il ? (16 *bis*).

2° Effets de la *querela* quand elle échoue. Le *querelans* perd toutes les libéralités testamentaires et subit encore d'autres déchéances (17).

Extinction de la *querela* (18). Délai de cinq ans (19). Mort du légitimaire (20). Renonciation, divers cas (21).

B) De l'action en complément. C'est une action personnelle *(condictio)*, par laquelle le légitimaire qui a reçu une valeur inférieure à sa quarte la fait compléter (22). Comparaison de la *querela* et de l'action en complément (23).

II. — De la légitime sous Justinien ; (système des Novelles 18, 22 et 113).

Innovations de Justinien.

1° Les légitimaires en ligne directe *doivent* être *institués* héritiers, la quarte doit être laissée *à titre d'héritier* (1). Sanction : *a)* s'ils sont institués pour une part trop faible, action en complément selon nous (2) ; *b)* s'ils ne sont pas institués du tout, *querela* ; selon d'autres, nullité *absolue* du testament.

2° Augmentation de la légitime qui devient variable : le

(15 *bis*) *Contrà* Vernet, p. 151. — (16) L. 15, § 2, L. 24, D., h. t. — L. 76, pr., D., *De leg.*, 2°, 31. — (16 *bis*) Vernet, p. 152, 153. — Pothier *Pand.* V. 2, n° 34, notes *f* et *g*. — (17) L. 8, § 14, D., h. t. — (18) J., 4. — (19) Pline, *Epist.* V, 1. — L. 36, § 2, C., h. t. — (20) L. 6, § 2, L. 7, D., h. t. — L. 5, L. 34, L. 36, § 2, C., h. t. — (21) L. 27, pr., L. 10, § 1, L. 32, pr., D., h. t. — J., § 4. — (22) P., IV, 5, § 7. — L. 4, C. Th. *De inof.*, 2, 19. — L. 80 pr., L. 34, *in fine*, C., h. t. — (23) J., §§ 4, 5. — L. 31, § 4, L. 32, L. 6, § 2, L. 7, D., h. t. — L. 16, L. 36, § 2, C., h. t. — P., IV, 5, § 10.

(1) N. 115, cap. 3 et 4. — (2) *Sic* : Maynz, III, § 474 note 28 et § 475 note 51. — *Contrà* Accarias, I, p. 902. — Voyez N. 115, cap. 5, pr. — L'institution n'est exigée qu'*ad honorem*. — Le légitimaire doit d'ailleurs tenir compte de toutes les libéralités qui s'imputent sur la légitime : Maynz § 474, note 28. — Boissonnada, p. 142.

Digitized by Google

tiers s'il y a moins de cinq enfants ; la moitié s'il y a cinq enfants ou davantage (2 *bis*).

3° Détermination des causes d'exhérédation (3).

4° La *querela* ne fait plus tomber que les institutions, les legs, etc... sont maintenus en tant qu'ils ne portent pas atteinte à la légitime (4).

Y a-t-il d'autres innovations? — La légitime est-elle désormais attribuée *collectivement*, et non plus *individuellement* aux légitimaires (5) ? Si oui, il faudrait dire qu'en cas d'indignité ou de renonciation des autres légitimaires, un seul légitimaire pourra réclamer la totalité de la légitime, et se plaindre si elle ne lui a pas été laissée. Réfutation. Selon nous, les anciens principes sont maintenus ; l'attribution de la légitime est *individuelle ;* les renonçants et les indignes comptent pour le calcul de la légitime à laquelle a droit *chaque* légitimaire. D'ailleurs, en cas de rescision du testament les renonçants et les indignes ne partageront pas la succession *ab intestat*. — Mais les pays de droit écrit admirent que les renonçants et les indignes ne comptaient ni pour diminuer la part des autres dans la légitime totale, ni pour augmenter le *quantum* de cette légitime *totale*. Cette interprétation, malgré le dissentiment de Bartole et de Paul de Castro, triompha grâce à l'autorité de Dumoulin et de Cujas, ce qui s'explique par suite du fait que le *quantum* de la légitime varie sous Justinien selon le nombre d'enfants (5 *bis*). — Cependant on comptait le légitimaire qui renonçait *aliquo accepto*.

Légitimes extraordinaires. — Légitime du patron. — Quarte Antonine. — Légitime de la veuve indigente (quarte pauvre) (6).

III. — Des donations inofficieuses. (C., *De inofficiosis donationibus*, 3, 29.)

La *querela inofficiosæ donationis* fut introduite par Alexandre Sévère, pour protéger les légitimaires contre les dispositions entre-vifs qui porteraient atteinte à leur légi-

(2 *bis*) N. 18, cap. 1. — (3) N. 115, cap. 3 et 4. — N. 92, cap. 17, pr. — L. 30, pr., *in fine*, C., *De inof.*, 3, 28. — (4) N. 115, cap. 3, § 14 ; cap. 4, § 9. — L. 30, pr., L. 32, L. 36, § 1, C., *De inof.*, 3, 28. — (5) Boissonnade, § 150, p. 135 et § 151. — (5 *bis*) Voyez les détails dans Ragon, § 59. — (6) N. 53, cap. 6. — N. 117, cap. 5.

Digitized by Google

time (7). Elle appartient aux ascendants et aux descendants. Il fallait que les donations entamassent injustement la quarte (8). Elle fait rescinder la donation jusqu'à concurrence de la quarte (9). Elle s'éteint comme la *querela de inoff. test.*

Querela inofficiosæ dotis (10).

Un légitimaire qui a reçu une donation imputable sur sa légitime, peut renoncer à la succession du *de cujus* et retenir son don jusqu'à concurrence de sa légitime et de la quotité disponible cumulées (11).

Pour critiquer les donations inofficieuses, fallait-il se porter héritier? Droit romain : controverse. Droit écrit : on admettait que cela n'était pas nécessaire. Cette solution avait pour but d'empêcher que les biens recouvrés par la *querela inofficiosæ donationis* ne devinssent le gage des créanciers de la succession. De là la maxime : *legitima est pars bonorum, non hereditatis* (12).

Droit coutumier : *nemo legitimam habet, nisi qui heres est* (13). Pour prévenir le danger signalé ci-dessus, on employa le bénéfice d'inventaire. — Art. 921, C. civ. Mais le légitimaire pouvait-il, en renonçant, *retenir* sa légitime? Pouvait-il la cumuler avec la quotité disponible? Distictions suivant les coutumes (14). Coutumes de préciput ; le cumul est permis tant en acceptant qu'en renonçant. — Coutumes d'égalité parfaite : le légitimaire ne peut, en renonçant, retenir que sa légitime ; en acceptant il rapporte son don. — Coutumes de simple égalité : le légitimaire peut, en renonçant, retenir son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de la légitime cumulées ; en acceptant, il ne peut rien retenir.

Résumé. — Selon le droit écrit, on peut obtenir sa légitime, même par voie d'action, sans se porter héritier ; en droit coutumier, on ne pouvait, sans se porter héritier, que la retenir par voie d'exception.

De la *réserve* coutumière. — Elle diffère beaucoup de la

(7) L. 87, § 3, D., *De leg.* 30, 31. — L. 3, C., h. t. — (8) L. 5, L. 1, L. 8, C., h. t. — V., § 270. — (7) L. 8. C., h. t. — V., §§ 270, 271, 281. — (10) L. *Unica*, C., *Si adv. dot.*, 2, 39. — (11) N. 92, cap. 1. — (12) Boissonnade p. p. 121, 142. — Ragon, I, § 58. — (13) Dumoulin, *Ancienne Coutume de Paris*, art. 125, § 1. — Boissonnade p. 260, note 8. — (14) Voy. Boissonnade p. 282 à 285.

Digitized by Google

légitime de droit, notamment en ce qu'elle exige toujours la qualité d'héritier.

En droit romain, suivant les époques et suivant les cas, la légitime est tantôt *pars bonorum*, tantôt *pars hereditatis*, tantôt pour partie *pars bonorum* et pour partie *pars hereditatis*.

CHAPITRE II

MATIÈRES QUI SE RATTACHENT AUX SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES.

I. — Des legs. (J., II, 20. — D., *De legatis et fideicommis*, 30, 31. 32. — U., 24. — C., *De legatis*, 6, 37.)

Section I. — Généralités. — *Legatum est quod legis modo, id est imperative, relinquitur* (1). Dans les testaments, les legs se placent après les institutions (2). A la différence de l'institué, le légataire ne continue pas la personne du défunt. L'effet du legs est de donner au légataire un droit réel ou un droit de créance.

Section II. — *Des diverses espèces de legs.*

A) Époque antérieure à Néron.

1° Legs *per vindicationem*. Sa formule (*do, lego, sumito*, etc.) (3). Il donnait au légataire un droit réel sur la chose léguée, et par suite ce légataire avait une action réelle ; le mode d'acquisition était la loi (4). — Pour la validité de ce legs, il fallait que le testateur fût propriétaire quiritaire de l'objet légué au jour de son décès, et en outre, s'il s'agissait de *res certæ*, au moment de la confection du testament (5). — L'objet de ce legs était la propriété quiritaire de la chose léguée, ou un droit réel civil sur cette chose. — A quel moment la propriété ou le droit réel étaient-ils acquis au légataire ? Distinctions :

a) L'héritier était externe. *Opinion des Sabiniens.* — Le légataire acquérait la propriété au moment de l'adition

(1) U., 24, § 1. — L. 116, D., 30. — L. 36, D., 31. — J., § 1, h. t. — (2) G., II, §§ 229, 230. — L. 24, C., *De testam.*, 6, 23. — J., 20, § 34. — (3) G., II, § 193. — U., 24, § 3. — (4) U., 19, § 17. — G., II, § 194. — (5) G., II, § 196.

Digitized by Google

faite par l'héritier pour les legs purs ; à l'arrivée de la condition (si elle se réalise *après* l'adition) pour les legs conditionnels. — Qui avait été propriétaire jusque-là ? Le légataire ne peut être considéré comme propriétaire avant l'adition, parce que le legs s'évanouira si l'adition n'a pas lieu. Cela posé, 1° l'hérédité jacente était considérée comme propriétaire jusqu'à l'adition, et par suite les acquisitions faites par l'esclave légué appartenaient à l'héritier. La propriété une fois acquise au légataire ne rétroagissait pas au jour du décès du testateur (6). Réfutation des doctrines contraires. 2° En cas de legs conditionnel, l'héritier était propriétaire de l'objet légué depuis le jour de l'adition jusqu'à l'arrivée de la condition ; à ce moment le légataire devient propriétaire et tous les droits réels dont l'héritier aurait grevé la chose léguée s'éteignent, mais pourtant la propriété du légataire ne rétroagit pas (7). Réfutation des doctrines contraires. — *Opinion des Proculiens.* La chose léguée était, selon eux, *res nullius* jusqu'à ce que le légataire eût accepté le legs (8). L'opinion des Sabiniens l'emporta (9), quoique Gaius ait cru a tort qu'elle avait été condamnée par un rescrit d'Antonin le Pieux (10). Conséquences pratiques des deux systèmes (11). Pourtant les deux écoles reconnaissaient que le légataire en répudiant le legs n'aliène pas, mais refuse d'acquérir (12).

b) L'héritier est *nécessaire*. Comme l'adition est ici inutile, il suffit d'appliquer les principes ci-dessus en remplaçant le moment de l'adition par celui du décès du testateur.

2° Legs *per damnationem*, — Sa formule (13). *Hères meus damnas esto dare...* etc. Il donne au légataire un droit de créance (14). On peut léguer *per damnationem* la chose d'autrui, et même les choses futures (15). Le lé-

(6) G., II, §§ 195, 200. — L. 32 § 1, L. 38, L. 80, D., 81. — L. 86, § 2, D., 30. — (7) L. 11, § 1, D., *Quemad serv. am.*, 8, 6. — L. 105, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 18, D., *De servit.*, 8, 1. — L. 116, § 4, L. 38, § 1. D., 30. — G., II, § 195. — (8) G., II, §§ 195, 200. — (9) L. 86, § 2, L. 44 § 1, D., 30. — L. 19, § 1, D., *Quemad. serv. am.*, 8, 6. — (10) G., II, § 195. — (11) G., II, § 195. — L. 44, § 1, D., 30. — L. 19, § 1, D., *Quemad. serv. am.*, 8, 6. — (12) L. 6, § 4, D., *Quæ in fraudem*, 42, 8. — (13) G., II, § 201. — U., 24, § 4. — (14) G., II, § 204, 213. — (15) G., II, §§ 203, 197.

Digitized by Google

gataire devient *propriétaire* lorsque l'héritier lui transfère la propriété (16). Il devient *créancier* au moment de l'adition (ou de la condition, si elle se réalise après l'adition), et cela sans rétroactivité (17).

3° Du legs *sinendi modo*. — Sa formule : *heres meus damnas esto sinere...* etc (18). Ce legs oblige l'héritier à *laisser* le légataire prendre telle ou telle chose ; plus tard on admit qu'il obligerait l'héritier à donner ou à faire, comme le legs *per damnationem* (19). Ce legs peut porter sur les choses dont le testateur est propriétaire, même simplement *bonitaire* au jour de son décès, et sur les choses de l'héritier (20).

4° Legs *per præceptionem*. — Formule : *præcapito* (21). D'après les Sabiniens ce legs ne pouvait être fait qu'à l'un des héritiers. Les Proculiens l'assimilaient au legs *per vindicationem*. Conséquences pratiques des deux systèmes (22). La doctrine proculienne l'emporta (23).

B) Époque postérieure au Snc. Néronien. Tous les legs dont la formule est fautive seront valables comme s'ils avaient été faits *per damnationem* (24). Conséquences (25). Le légataire investi d'un legs dont la formule est correcte, peut dès lors, et à plus forte raison, considérer son legs comme fait *per damnationem*, s'il y a avantage (26).

C) Époque de Constantin II. Abolition des formules (27).

D) Époque de Justinien. Fusion de toutes les espèces de legs en une seule (28). Contrairement aux principes, le légataire est *à la fois* créancier (action personnelle) et propriétaire (action réelle) (29). Dans quels cas l'action personnelle est-elle utile au légataire (30) ? Il a en outre une hypothèque tacite sur les biens de la succession (31). Avantages de cette hypothèque. — Justinien fusionne en outre les legs et les fidéicommis (32).

(16) G., II, § 204. — (17) G., *eod.* — L. 42, pr., D., *De O. et A.*, 44, 7. — (18) G., II, § 209. — (19) G., II, §§ 213, 214. — (20) G., II, §§ 210, 211. — (21) G., II, § 216. — (22) G., II, §§ 217, 219, 222. — (23) G., II, § 221. — (24) U., 24, § 11a. — (25) G., II, §§ 197, 212. — (26) G., II, §§ 282, 283. — L. 84, § 13, L. 85, L. 108, D., 30. — L. 76, § 2, D., 31. — (27) J., II, 20, § 2. — L. 21, C., h. t. — (28) L. 1, C., *Communia de legatis*, 6, 43. — J., § 2. — (29) G., IV, § 4. — J., IV, 6, § 14. — (30) J., § 16. — (31) J., § 2, *in fine*. — L. 1, C., *Communia de legatis*, 6, 43. — Art. 1017, C. civ. — (32) L. 21, C., h. t.

Digitized by Google

SECTION III. — *Modalités des legs* (J., II, 20, §§ 31, 35, 36).

1° Terme et condition suspensifs. — En principe les règles relatives aux institutions d'héritier conditionnelles sont applicables aux legs conditionnels. Les effets des legs à terme sont, sauf l'exigibilité, semblables à ceux des legs purs.

1re Remarque. — Sont considérés comme legs conditionnels : 1° Les legs à terme incertain (sauf dans le cas où le terme est fixé à la mort du légataire). Pourquoi ? Parceque l'intention du testateur a été sans doute de subordonner l'efficacité de son legs à la survie du légataire au tiers dont la mort forme le terme incertain (33). 2° Les legs faits pour l'époque où le légataire aura atteint un certain âge, et les legs de prestations périodiques (34).

2e Remarque. — Les legs faits en ces termes : *post mortem heredis, legatarii*, étaient nuls autrefois ; Justinien les valide (35).

3e Remarque. — Distinction de la condition et du motif *(causa)*. La fausse cause n'annule pas le legs en principe (36).

4e Remarque. — Garanties données aux légataires à terme ou conditionnels : *cautio legatorum* (37) ; sous Justinien, hypothèque.

2° Legs à terme *extinctif*, ou sous condition *extinctive*. Ils étaient nuls autrefois ; Justinien les valide ; alors la propriété revient de plein droit, selon nous, à l'héritier à l'arrivée du terme ou de la condition ; le légataire s'*oblige* d'ailleurs à rendre la chose non détériorée par sa faute (38).

3° Du *Modus*. C'est une charge imposée au légataire par le testateur. Le *Modus* diffère de la condition en ce qu'il ne suspend pas l'exécution du legs, et en ce que, s'il

(33) L. 4, § 1, D., *Quando dies leg. ced.*, 36, 2. — L. 79, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (34) L. 49, pr., § 2, D., 30. — L. 10, 11, 12, pr., § 1, § 6, D., *Quando dies leg. ced.*, 36, 2. — (35) G., II, § 232. — J., § 5. — L. *Unica*, C., *Ut acit. et ab her.*, 4, 11. — L. 11, C., *De cont. stip.*, 8, 38. — (36) J., § 31. — L. 72, § 6, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (37) J., III, 18, § 2. — L. 3, § 3, L. 5, D., *Ut in pos. leg.*, 36, 4. — (38) L. 26, C., h. t.

Digitized by Google

devient impossible de l'accomplir, le legs subsiste (39). Les bénéficiaires de la charge *(modus)* peuvent en obtenir judiciairement l'exécution (développement) (40). *Secus* des bénéficiaires de la condition.

4° Du legs à titre de peine (41). — Mêmes règles que pour l'institution à titre de peine (renvoi plus haut, p. 150). De la *mulcta testamentaria* (42).

Section IV. — *Du* « dies cedit » *et du* « dies venit. » (D., *Quando dies legatorum cedat*, 36, 2).

« *Dies venit* », c'est le jour de *l'exigibilité* du legs ; « *Dies cedit* », c'est le jour où le légataire acquiert *vocation* au legs. Ce dernier est distinct du moment où le légataire acquiert la *propriété* de l'objet légué, en cas de legs *per vindicationem*, et de celui où il acquiert la créance, en cas de legs *per damnationem*. Développements. — Effets du *dies cedit* : 1° Transmissibilité aux héritiers du légataire, s'il est vivant et capable au moment de la *diei cessio* (1). 2° Détermination de la personne qui profite du legs lorsque le légataire est un *alieni juris* (2). 3° Détermination de l'objet et de la consistance de legs (3).

A quel moment se produit la *diei cessio* ? — 1° Legs pur, ou legs à terme certain : au moment du décès du testateur, sous les lois caducaires, au jour de l'*apertura tabularum* (4). 2° Legs conditionnel ou à terme incertain ; au jour de la condition ou du terme (5), à moins que la condition ne résulte de la nature même des choses (*conditiones tacitæ*) (6).

Exceptions, cas spéciaux.

1° Lorsqu'un *annuum* (rente viagère) a été légué, ou

(39) L. 80, *in fine*, L. 31, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 54, § 2, D., *De leg.* 40, 30. — (40) L. 18, § 2, D., *fam. ercis.*, 10, 2. — L. 20, § 1, *in fine*, D., *De hered. pet.*, 5, 3. — L. 44, D., *De manumissis test.*, 40, 4. — L. 19, D., 30. — L. 40, § 5, L. 80, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 21, § 3, D., *De annuis legatis*, 33, 1. — L. 17, D., *De usu et usuf. legat.*, 33, 2. — (41) G., II, §§ 235 à 238, § 278. — U., 24, § 17 ; 25, § 1. — D., *De his quæ pœnæ nomine*, 34, 6. — C., *eod.*, 6, 41. — J., II, 20, § 36. — (42) L. 6, L. 27, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — Cujas, *Tract. ad Africanum*, V, *in* L. 1, D., *De his quæ pœnæ nomine*, 34, 6.

(1) L. 4, pr., D., h. t. — U., 24, § 3. — (2) U., 24, § 23. — L. 5, § 7, D., h. t. — (3) J., § 20, § 17. — (4) U., 24, § 31. — L. 1, C., *De cad. toll.*, 6, 51. — (5) U., 24, § 3. — L. 5, pr., §§ 1 et s., D., h. t. — (6) L. 99, L. 107, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 25, § 1, D., h. t.

Digitized by Google

lorsqu'un usufruit a été légué *in annos, menses, vel dies singulos*, il y a autant de legs, et par suite autant de *dies cedit* que d'années, de mois, de jours (7). On léguait l'usufruit de cette façon pour éviter qu'il ne s'éteignît par la *capitis diminutio* du légataire. Comparaison du legs d'un *annuum* et de la stipulation d'un *annuum* (renvoi au cours de seconde année (8).

2° Legs d'usufruit, d'usage ou d'habitation ; le *dies cedit* n'a jamais lieu avant l'adition (9). Inutile de faire remonter ici le *dies cedit* au jour du décès du testateur, puisque le droit légué n'est pas transmissible.

3° Legs d'usufruit fait à l'esclave d'une hérédité jacente ; le *dies cedit* n'a jamais lieu avant l'adition de l'hérédité jacente, parce que, tant que l'hérédité jacente n'a pas été acceptée, l'esclave de cette hérédité ne peut acquérir un legs d'usufruit (10).

4° Legs fait à l'esclave légué ou affranchi par le testament. *Dies cedit* retardé jusqu'à l'adition (11), car le legs profiterait à l'*héritier* et par conséquent serait nul si le *dies cedit* avait lieu avant ce moment.

Dies venit (12) : époque de l'exigibilité du legs. Si l'héritier est *nécessaire* le *dies venit* se produit au décès pour les legs purs, au terme ou à l'arrivée de la condition pour les legs à terme ou sous condition. Si l'héritier est externe, mêmes règles, sauf que le *dies venit* ne peut se produire avant l'adition.

Le *dies cedit*, l'acquisition de la propriété (ou de la créance s'il s'agit d'un legs *per damnationem*) et le *dies venit* pouvaient être concomitants, (ex. : legs pur, l'héritier étant nécessaire ; alors tout s'accomplit au décès du testateur), ou bien se produire successivement (ex. : legs *per damnationem*, à terme, l'héritier étant externe ; *dies cedit* au décès, acquisition de la créance au jour de l'adition, *dies venit* après l'échéance du terme.

(7) L. 4. D., *De annuis legat.*, 33, 1. — (8) J., III, 15, § 3. — L. 16, § 4, D., *De V. O.*, 45, 1. — (9) L. 2, L. 3, L. 5, § 1, D., h. t. — V., § 60. — L. 1, § 3, D., *Quib mod. ususfructus*, 7, 4. — L. 10, L. 11, L. 13, pr., D., h. t. — (10) L. 18, D., *Quib. mod. ususf.*, 7, 4 — L. 1, § 2, D., h. t. — (11) L. 7, § 6, D., h. t. — (12) L. 1, § 3, D., *Quando dies usuf.*, 7, 3. — Voy. L. 213, D., *De V. S.*, 50, 16.

Digitized by Google

APPENDICE AUX MODALITÉS DES LEGS

Des modalités du droit de propriété et de ses démembrements.

GÉNÉRALITÉS. — Il y a des différences entre les effets des modalités (terme, condition) sur les droits réels, et ceux qu'elles produisent sur les droits de créance. Le terme suspensif, en matière de droits réels, retarde la *naissance même du droit;* dans les créances il n'en retarde que l'exigibilité. — Condition suspensive. — Terme *extinctif.* — Condition *extinctive.* — Condition résolutoire. — Il faut dire terme *extinctif,* et non terme *résolutoire;* le terme ne saurait être résolutoire. La condition au contraire peut être soit résolutoire, soit simplement extinctive. La condition extinctive suspend l'*extinction* du droit; la condition résolutoire suspend l'*anéantissement rétroactif* du droit. — En réalité le terme et la condition sont toujours suspensifs; mais ils suspendent tantôt la naissance ou l'exigibilité, tantôt l'extinction ou la résolution du droit.

1° Modalités du droit de propriété.

A) Terme et condition suspensifs. — Deux questions: 1° L'acte translatif peut-il, sans être vicié, recevoir la modalité? — 2° En cas d'affirmative, quels sont sur le droit transmis (ici la propriété) les effets de la modalité insérée dans l'acte translatif?

1re Question. — Les actes légitimes (ex.: *mancipatio, cessio in jure*) ne peuvent, à peine de nullité de l'acte, recevoir le terme ou la condition suspensifs (1). La tradition et le legs reçoivent au contraire ces modalités.

2e Question. — Quel est l'effet des modalités suspensives sur le droit de propriété transmis par tradition ou legs? *a*) Terme suspensif; la propriété n'est acquise qu'au jour du terme (2). Tous les droits réels conférés depuis la tradition ou le décès du testateur, par le *tradens* ou par l'héritier, s'éteignent alors. *b*) Condition suspensive; mêmes résultats (3), mais il n'y a pas pourtant d'effet rétroactif, de

(1) L. 77, D., *De reg. juris*, 50, 17. — V., § 49. — (2) L. 45, § 1, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 9, § 2, D., *Usuf. quemad.*, 7, 9. — (3) L. 69, § 1, D., *De leg.* 1°, 30.

Digitized by Google

sorte que les droits réels conférés *pendente conditione* par l'*accipiens* ou le légataire ne seraient pas valables (controverse) (4).

B) Terme extinctif, condition extinctive et condition résolutoire. — Ces modalités ne portent jamais sur l'existence de l'acte translatif, mais bien sur l'extinction ou la résolution de ses effets ; par conséquent il n'y a pas lieu de se demander ici si ces modalités sont compatibles avec l'acte translatif ; on pourra toujours les insérer sans l'annuler (5). Mais (seconde question) le droit transmis (ici la propriété) est-il affecté de la modalité, c'est-à-dire s'éteindra-t-il, ou se résoudra-t-il de plein droit, à l'arrivée du terme ou de la condition. 3 systèmes chez les modernes : affirmative ; — négative ; — distinction historique.

La question se pose dans quatre hypothèses.

1° Vente avec *lex commissoria* (pacte portant que la vente sera résolue si le prix n'est pas payé au terme convenu). Ici les textes ne donnent au vendeur qu'une action personnelle pour se faire retransférer la propriété de la chose. Donc, à l'époque classique, la propriété ne lui revenait pas de plein droit quoiqu'il eût fait tradition de la chose sous condition résolutoire. Réfutation de la distinction entre : *verba directa* (*ut fundus* INEMPTUS SIT) cas dans lequel la propriété reviendrait de plein droit, et *verba obliqua* (*ut fundus restituatur*) (6). Le mot *vindicare*, employé par quelques textes (7), n'a pas un sens technique (8). — Remarque : la condition est ici *résolutoire* (et non simplement extinctive), car les fruits doivent être restitués (9). — Sous Justinien, il est probable que la propriété revient de plein droit au vendeur (9 *bis*).

2° *Addictio in diem* (sous condition résolutoire), pacte

(4) *Legs* : G., § 200. — L. 12, § 2, D., *Famil. ercis.*, 10, 2. — L. 38, D., *De reiv.*, 6, 1. — Arg. L. 11, § 1, D., *Quemad. servit. amit.*, 8, 6. — *Tradition* : L. 7, § 2, D., *De jure dotium*, 23, 3. — L. 29, D., *De donat. mort. causa*, 39, 6. — L. 11, pr., § 9, D., *De donat. inter.*, 24, 1. (5) V., § 48. — *Forma fiduciæ*, Giraud, *Enchyr.*, p. 655. — (6) L. 4, pr., § 3, D., *De lege com.*, 18, 3. — L. 6, § 1, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 3, C., *De pactis inter.*, 4, 54. — (7) L. 8, D., *De lege com.*, 18, 3. — L. 4, C., *De pactis inter.*, 4, 54. — (8) L. 31, § 1, D., *De donat.*, 39, 5. — L. 6, D., *De injuriis*, 47, 1. — L. 12, C., *Comm. utriusq. jud.*, 3, 38. — L. 17, C., *De fide instrum.*, 4, 21, etc. — (9) L. 5, D., *De lege com.*, 18, 3. — (9 *bis*) Arg. L. 26, C., *De legatis*, 6, 37.

Digitized by Google

portant que la vente sera résolue si le vendeur trouve de meilleures conditions dans un certain délai. Trois textes d'Ulpien impliquent le retour de plein droit de la propriété aux mains du vendeur (10). — Remarque : la condition est ici résolutoire (et non simplement extinctive) car les fruits doivent être restitués (11). De là nous concluons que, selon Ulpien, la propriété revient rétroactivement au vendeur, et que par suite, les droits réels conférés par lui *pendente conditione* seront valables (12).

3° *Donation à cause de mort* faite sous condition *extinctive*. — Ulpien propose le retour de plein droit de la propriété au donateur (13). Cette doctrine repoussée par une constitution de Dioclétien (14), est adoptée par Justinien (15 et 16).

Remarque : la condition est ici simplement *extinctive* (et non *résolutoire*) ; en conséquence, point de rétroactivité ; les fruits restent au donataire, et les droits réels conférés par le donateur *pendente conditione* ne seraient pas valables ; mais, bien entendu, ceux conférés par le donataire s'éteignent avec son droit de propriété.

4° Legs à terme *extinctif*, ou sous condition *extinctive*. — Autrefois nuls, ils sont validés par Justinien. La propriété revient de plein droit à l'héritier (17). Voyez le cas précédent.

En résumé, sous Justinien, la propriété revient de plein droit à l'aliénateur. Ce retour a lieu sans rétroactivité, selon nous, dans les cas de legs et de donation à cause de mort (terme et condition simplement *extinctifs*), et avec rétroactivité au contraire, dans les cas de vente avec *lex commissoria* ou *addictio in diem* (condition *résolutoire*).

II. — Modalités du droit d'usufruit. — L'usufruit, droit temporaire, a pu toujours recevoir les modalités extinctives. Ces modalités peuvent être insérées quel que soit le mode de constitution employé, parce qu'elles n'affectent

(10) L. 4, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 3, D., *Quib. mod. pignus solv.*, 20, 6. — L. 4, § 3, D., *De in diem addict.*, 18, 2. — (11) L. 16, D., *De in diem addict.*, 18, 2. — (12) L. 9, D., *De aq. et aq. pluv.*, 39, 3. — (13) L. 29, D., *De mort. causa donat.*, 39, 6. — (14) V., § 283. — (15 et 16) L. 2, C., *De donat. quæ sub modo*, 8, 55. — L. 1, C., *eod.* — (17) L. 26, C., *De legatis*, 6, 37.

Digitized by Google

pas l'acte juridique de constitution (ex. : cession *in jure*) lui-même, mais seulement la durée du droit constitué par cet acte (18).

Les modalités suspensives sont admises pour l'usufruit établi par legs, mais non s'il est constitué par cession *in jure,* ou par adjudication (controverses romaines) (19).

III. — Modalités des servitudes. Les modalités extinctives peuvent être insérées dans l'acte constitutif, mais ne produisent leur effet qu'*exceptionis ope.* — Les modalités suspensives, expressément insérées, sont valables dans les legs (20); elles annuleraient la cession *in jure* et la mancipation, actes légitimes (21). Sous-entendues dans ces derniers actes, elles produiront leur effet (22).

Section VI. — *Des diverses espèces de legs au point de vue de l'objet légué. — Dans quel état doit il être livré? —* Quid *s'il périt en totalité ou en partie?* (J., II, 20, *passim.).*

La chose léguée doit être dans le commerce. 1° Legs d'un corps certain : *a*) Appartenant au testateur; *quid* s'il l'aliène (1). *b*) Appartenant au légataire; legs nul. *c*) Legs de la chose d'autrui ; il est valable si le légataire prouve que le testateur savait que la chose était à autrui (2). Si le légataire est devenu propriétaire à titre gratuit de la chose léguée, legs nul en vertu de la maxime : *duas causas lucrativas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse* (3). *d*) Legs d'un genre ; l'objet livré doit être de qualité moyenne ; différence avec les stipulations (4). *e*) Legs d'option ; le légataire choisit. Ce legs est conditionnel ; conséquences (5). *f*) Legs d'une créance : 1° Legs de libération ; il rend le débiteur créancier de l'héritier à l'effet d'obtenir sa libération (6) ; renvoi

(18) V., § 48. — (19) V., § 49. — (20) L. 3, D., *De servit. legata*, 33, 3. — (21) L. 4, pr., D., *De servit.*, 8, 1. — (22) Arg. L. 18, L. 6, § 2, D., *Comm. præd.*, 8, 4. — L. 11, D., *De servit. præd. rust.*, 8, 3.

(1) G., II, 198. — J., § 12. — L. 18, D., *De adim. leg.*, 34, 4, — L. 11, § 12, D., *De leg.* 3°, 32. — (2) J., § 4. — L. 7, § 3, D., *De leg.* 1°, 30. — Art. 1021. — (3) J., § 6. — (4) U., 24, § 14. — J., § 22. — L. 37, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 110, *eod.* — L. 52, D., *Mandati*, 17, 1. — (5) J., § 23. — L. 3, C., *Comm. de leg.*, 6, 43. — L. 14, D., *De opt. vel elect.*, 33, 5. — (6) L. 1, pr., L. 3, pr., D., *De liber. leg.*, 34, 3.

Digitized by Google

aux obligations ; 2° Legs du paiement des dettes du légataire (7). Legs d'une créance contre un tiers (8) ; 3° Legs fait par le débiteur à son créancier de ce qu'il lui doit. Quelle pouvait être l'utilité de ce legs (9) ? Si la dette n'existait pas, le legs est nul, à moins que le testateur n'ait spécifié l'objet de la prétendue dette, car alors il y a seulement *fausse cause*, ce qui ne vicie pas le legs (10). *g*) Legs de la dot ; son utilité : restitution sans délai ; plus de rétentions, sauf pour dépenses nécessaires (11). *h*) Legs partiaire ou legs d'une quote-part de l'hérédité ; sa formule ; c'est un legs *per damnationem* (12). Donc il ne rend pas le légataire propriétaire. Rapports du légataire avec l'héritier ; stipulations *partis et pro parte* (13). Différences entre le legs partiaire et l'institution d'héritier. Il peut être utile de nos jours de léguer la valeur pécuniaire de la quotité disponible (legs partiaire), plutôt que la quotité disponible elle-même. *i*). Legs d'un pécule (14).

La chose léguée doit être livrée dans l'état où elle se trouve au jour du *dies cedit* (15). Après ce jour les augmentations intrinsèques accroissent seules le legs (16) Applications : legs d'un pécule ; d'un troupeau (17).

Quid si, au moment du *dies cedit*, la chose léguée se trouvait grévée de servitudes, d'usufruit ou d'hypothèques (18) ?

Lorsque la chose léguée périt par cas fortuit en totalité, le legs s'éteint ; si la chose périt partiellement, le legs ne s'éteint qu'en partie ; cependant la destruction de la chose principale avant le *dies cedit*, éteint le legs même pour l'accessoire (19). Si la chose périt par le fait de l'héritier, il n'est pas libéré (20). Si c'est par le fait d'un tiers, l'ac-

(7) J., § 21. — P., 3, 6, § 10. — (8) J., § 21. — (9) J., § 14. — L. 82, pr., D., *De leg.*, 2°, 30. — L. 5, D., *Ad leg. Falcid.*, 35, 2. — G., IV, § 9. — (10) J., § 15. — L. 25, D., *De lib. leg.*, 34, 3. — (11) L. 1, §§ 2, 5, D., *De dote præleg.*, 33, 4. — (12) U., 24, § 25 — Théoph., II, 23, § 5. — Cic., *pro Cæcina*, 4 ; *pro Cluentio*, 7. — *Laudatio funebris Murdiæ*, Enchir., p. 674. — (13) L. 7, C., *De hered. act.*, 4, 16. — G., II. 254, 257. — U., 25, § 5. — L. 26, § 2, D., *De leg.*, 1°, 30. — (14) J., § 20. — L. 5, L. 18, D., *De pec. leg.*, 33, 8. — (15) L. 28, D., *Quando dies*, 36, 2. — (16) Même texte et L. 28 *De instructo*, D., 33, 7. — (17) J., § 20 ; § 18. — (18) J., § 5. — L. 69, § 3, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 66, § 6 ; L. 76, § 2, D., *De leg.* 2°, 3°. — L. 6. C., *De fideic.*, 6, 42. — (19) J., §§ 17, 18, 19. — (20) J., § 16. — L. 7, § 5, D., *De dolo malo*, 4, 3.

Digitized by Google

tion en indemnité appartient soit à l'héritier, soit au légataire suivant les cas (21).

SECTION VII. — *Des personnes à qui l'on peut léguer.* (J., II, 20).

§ 1. — De la capacité d'*être* légataire. — La même que celle d'être institué héritier (1). L'institué, étant grevé du legs, ne peut être légataire personnellement ni par une personne soumise à sa puissance (2). Le legs fait à l'un des institués est nul pour la part héréditaire qu'il recueille comme héritier et non comme légataire. Conséquences (3).

§ 2. Capacité de *capere legatum.* — La même que pour *capere hereditatem.*

REMARQUE. Quelles personnes pouvaient être grevées d'un legs ? D'abord l'institué seul, puis, sous Justinien, toute personne qui recueille une libéralité du défunt, et même l'héritier *ab intestat* (4). Cela résulte de la fusion des legs et des fideicommis.

SECTION VIII. — *Causes de nullité des legs.* — *Règle Catoniennne.*

1° Legs nuls *ab initio.* — Vice de forme, incapacité, chose hors du commerce, impossibilité d'exécution.

2° Legs nuls *ex post facto;* (ils formaient des *in causa caduci*); — *a*) Lorsque le testament devient nul. — *b*) Lorsque le légataire devient incapable. — *c*) Lorsque la chose est mise hors du commerce sans le fait de l'héritier (5). — *d*) Révocation du legs. (6) : 1° *Ademptio expresse* (7); si elle est conditionnelle, le legs est maintenu sous la condition contraire (8); *ademptio tacite* (9), 2° *Translatio* (10). — *e*) Insuffisance d'actif (11). — *f*) Indignité du légataire (*ereptoria*) (12). — *g*) Refus d'acceptation.

(21) L. 13, § 3. — L. 15, pr., D., *Ad legem Aq.*, 9, 2.

(1) J., § 24. — (2) J., § 32. — G., II, § 249. — (3) L. 34, § 12, D., *De legat.* 1°, 30. — (4) U., 24, §§ 20, 21. — (5) L. 47, §§ 4 et 5, D., *De legat.* 1°, 30. — (6) G., II, 24, pr., § 1. — (7) J., *eod.* — U., 21, § 29. — (8) L. 101, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 10, D., *De adim. legat.*, 34, 4. — (9) L. 3, § 11, L. 4, D., *eod.* — Art. 1038, C. civ. — (10) L. 6, L. 8, L. 20, D., *eod.* — J., II, 21, § 1. — (11) J., II, 22, § 3. — L. 1, § 17, D., *ad Sac. Trebell.*, 36, 1.

Digitized by Google

Règle Catonienne. — (J., II, 20, § 10. — D., *de regula catoniana*, 34, 7.) — Sa formule (13). Son motif. Il ne serait pas raisonnable que la prolongation de la vie du testateur rendît valable un legs qui eût été nul s'il fut mort aussitôt après avoir testé (14). Elle ne s'applique qu'aux cas où un legs, d'ailleurs valable, ne peut s'exécuter par suite d'un obstacle susceptible de disparaître. Exemples : *a*) Legs de la chose du légataire (15). *b*) Legs fait à l'esclave de l'institué (16) ; *secùs* du legs fait au maître de l'esclave institué, parce que ce maître peut aliéner cet esclave avant de lui donner l'ordre d'accepter la succession qui appartiendra ainsi à l'acquéreur de l'esclave (17). — *c*) Legs fait à l'esclave du testateur (18). — *d*) Legs des matériaux d'un édifice non démoli (19). — La règle Catonienne ne s'applique pas aux legs conditionnels, parce que dans ce cas, même si le testateur était mort immédiatement après avoir testé, le legs n'aurait pas été acquis au légataire avant l'arrivée de la condition ; par la même raison, la règle ne s'applique pas aux legs dont le *dies cedit* est reculé jusqu'après l'adition d'hérédité (20). — La règle Catonienne ne s'appliquait pas aux legs faits aux incapables de *capere ;* s'appliquait-elle aux institutions d'héritier et aux fideicommis ? Controverses (21).

Section IX. — *Droit d'accroissement* (J., II, 20, § 8. — L. *unica*, C., *de caducis tollendis*, 6, 51).

En principe, les legs non recueillis sont gardés par l'héritier. Cependant, si plusieurs légataires sont rappelés à la même chose, la part du défaillant ne doit-elle pas revenir plutôt aux autres légataires ? Il faut savoir si l'intention du testateur, révélée par la forme du legs, a été d'appeler éventuellement chacun d'eux à la totalité de la chose léguée (1).

§ 1. — Epoque antérieure aux lois caducaires.

(12) *De his quæ ut indigni*, 34, 9. — U., 19, § 17. — L., 14, D., *De jure fisci*, 49, 14. — (13) L. 1, D., h. t. — (14) G., II, § 244. — (15) J., II, 20, § 10. — L. 41, § 2, D., *De legat.* 1°, 30. — (16) J., II, 20, § 32. — G., II, § 244. — (17) J., II, 20, § 33. — (18) L. 89, D., *De hæred. instit.*, 28, 5. — (19) L. 41, § 12, D., *De legat.* 1°, 30. — (20) G., II, § 244. — J., II, 20, § 33. — U., 24, § 23. — (21) L. 8, L. 5, D., h. t.

(1) V., § 79, L. 30, D., *De leg.* 3°, 32.

Digitized by Google

A) Legs portant sur la propriété. 1° Legs *per vindicationem*. *a)* Avec assignation de parts ; alors, les légataires n'étant pas appelés à la même chose, l'héritier retient la part du défaillant (2). *a)* Sans assignation de part ; alors accroissement, ou plutôt non-décroissement, au profit des co-légataires appelés *à la totalité de la chose* par la même disposition *(conjunctim)*, ou par des dispositions séparées *(disjunctim)* (3), et ce, par application de la maxime : *concursu partes fiunt* (4). Dans quelles porportions a lieu l'accroissement lorsque le legs est fait aux uns *conjunctim*, aux autres *disjunctim* ? (5) L'accroissement a lieu *portioni* et rétroagit (6) ; il est donc forcé, mais sans charges (7), sauf deux exceptions (8). 2° Legs *per damnationem ;* s'il est fait *disjunctim*, le legs est dû deux fois par l'héritier (9) ; — si *conjunctim*, *damnatio partes facit* (10), donc jamais d'accroissement. 3° Legs *sinendi modo;* mêmes règles (11). — 4° Legs *per præceptionem ;* mêmes règles que pour le legs *per vindicationem* (12).

B) Legs d'usufruit *(per vindicationem)* : Anomalies : 1° la part, même recueillie par les co-légataires, accroît à leurs co-légataires survivants (13). 2° L'accroissement a lieu non *portioni*, mais *personæ*. Conséquences (14).

§ 2. — Lois caducaires.

A) Legs portant sur la propriété. 1° Legs *per vindicationem*. L'ancien droit est maintenu pour les *pro non scriptis* (15). Les caduques étaient attribués en premier lieu aux *collegatarii conjuncti patres ;* puis aux *heredes patres ;* puis aux légataires *patres* mais non conjoints ; enfin à l'*ærarium*, plus tard au fisc (16). Qu'était-ce que

(2) L. 11, D., *De usuf. adcrescendo*, 7, 2. — (3) G., II, § 199. — (4) U., 24, § 12. — (5) L. 34, pr., D., *De legat.* 1°, 30. — (6) L. 17, § 1 ; L. 34, L. 35, D., *Ad. leg. aq.*, 9. 2. — (7) L. 30, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 1, § 3, C., h. t. — (8) L. 5, D., *De his quæ pro non scriptis*, 34, 8. — L. 26, § 6, D., *De fideicommissariis libert.*, 40, 5. — (9) U., 24, § 13. — G., II, § 205. — (10) V., § 85. — L. 16, pr. L. 34, § 9, D., *De legat.* 1°, 30. — (11) V., § 85. — G., II, § 215. — (12) G., II. § 223. — (13) V., §§ 75 et s. — L. 1, § 3, D., *De usuf. adcres.*, 7, 2. (14) L. 10, D., *eod.* — L. 33, § 1, D., *De usuf.*, 7, 1. — L. 14, § 1. D., *De except. rei judic.*, 42, 2. — (15) L. 1, §§ 2, 3, C., h. t. — (16) G., II, § 207. — Tacite, *Ann.*, III, 28. — U., 17, § 2.

Digitized by Google

les *collegatarii conjuncti* (17)? C'étaient : 1° les *conjuncti re et verbis* (appelés par la même disposition, à la même chose, sans assignation de parts); 2° les *conjuncti verbis tantum* (appelés par la même disposition, à la même chose, mais avec assignation de parts). — Les *conjuncti re tantum* (appelés à la même chose, par deux dispositions distinctes), n'étaient pas considérés comme *collegatarii conjuncti* dans le sens de la loi Papia, parce que le legs était alors fait *disjunctim*. Origine et critique des art. 1044, 1045, C. civ. — Les *in causa caduci* étaient soumis aux mêmes règles que les caduques. Les personnes ayant le *jus antiquum* avaient-elles droit aux caduques? Controverse (18). Aux quasi-caduques? Oui (19). Les *solidi capaces* n'avaient droit qu'aux *pro non scriptis*. 2° Legs *per damnationem*; l'accroissement est admis, puisque la *conjunctio verbis tantum* suffit (20).

B) Legs d'usufruit. L'accroissement des lois caducaires ne peut avoir lieu qu'au profit de ceux à qui le testateur a légué le même usufruit, à cause de l'intransmissibilité du droit d'usufruit. Application (21).

L'acquisition des caduques était volontaire, avec charges (21 *bis*).

§ 3. — Droit de Justinien. Deux réformes. 1° Abrogation des lois caducaires (22). — *Pro non scriptis;* point d'innovation : accroissement forcé, sans charges (23). Legs nuls *ex post facto;* distinction : *a)* faits *disjunctim* (c'est-à-dire *conjunctio re tantum*) mêmes règles ; — *b)* faits *conjunctim* (ce qui ne s'applique plus sans doute qu'à la *conjunctio re et verbis*), accroissement facultatif, avec charges (24). Cette distinction répond assez bien à l'intention du testateur. 2° Plus de distinction entre les différentes espèces de legs. Conséquences. Application des règles du legs *per vindicationem* toutes les fois que le legs peut transférer la propriété au légataire. S'il ne peut lui donner qu'un droit de créance (ex. : legs

(17) L. 89, D., *De legat.* 3°, 32. — (18) U., 18. — (19) U., 1 § 21. — (20) G., II, § 208. — (21) L. 1, D., *De usuf. adcres.*, 7, 2. — (21 *bis*) Arg. Frag. *De jure fisci*, § 3. — U., 19, § 17, et 17, § 3. — (22) J., II, 20 § 8. — L. 1, C., h. t. — (23) L. 1, § 3, C., h. t. — (24) L. 1, § 11, C., *eod.*

Digitized by Google

de la chose d'autrui), les règles du legs *per damnationem* sont modifiées : le legs fait *disjunctim* ne sera pas dû pour de la chose d'autrui), les règles du legs *per damnationem* le tout à chaque légataire ; s'il est fait *conjunctim* (mais sans assignation de parts bien entendu), il y aura toujours accroissement (25). La maxime : *damnatio partes facit*, est donc implicement abrogée. — Pour les legs d'usufruit l'ancien droit est maintenu, sauf qu'on appliquera les règles du legs *per vindicationem* toutes les fois qu'il est matériellement possible de donner une action réelle au légataire.

Section X. — *De la réduction des legs au profit de l'institué.* (J., II, 22. — G., II, §§ 225 et s. — D., *Ad legem Falcidiam*, 35, 2. — C., *eod.*, 6, 50).

Si les legs sont excessifs, l'héritier repudiera. La loi des XII tables ne prévoit pas ce danger. La loi *Furia Testamentaria* défend en principe, sous peine du quadruple, de recevoir un legs de plus de mille *as* (1). D'après la loi *Voconia*, aucun legs ne pouvait dépasser la valeur de ce qui restait à l'héritier (2). Insuffisance de ces lois. — Loi *Falcidie* (714). — L'institué retiendra le quart de l'actif net (*Quarte falcidie*) (3). Elle ne se cumule pas avec la quarte légitime (4).

A) Un seul institué ; calcul de la quarte : 1° Estimation de l'actif du patrimoine héréditaire, selon sa valeur au décès du testateur (5). *Quid* des créances contre l'héritier, des créances mauvaises, conditionnelles, corréales (6) ? 2° Estimation et retranchement du passif, y compris les frais funéraires, les affranchissements testamentaires et legs faits aux Dieux (7) ; 3° Détermination de la valeur des legs au moment du décès : *Quid* des legs : de libération ; à terme ; conditionnels ; d'usufruit ; etc. (8) ? 4° Compa-

(25) L. 1, § 11, C., *eod.*

(1) U., *De legibus et moribus*, § 2. — G., II, §§ 225, 226. — (3) G., II, § 227. — (4) L. 8, § 9, D., *De inof. test.*, 5, 2. — (5) L. 1, § 18, D., h. t. — (6) Même texte et L. 73, § 1, L. 63, § 1, L. 62, D., h. t. — J., § 2, h. t. — L. 1, § 6, D., *Si cui plus quam*, 35, 3. — (7) J., § 3. — L. 87, § 2, D., h. t. — L. 6, pr., C., h. t. — P., IV, 3, § 3. — (8) L. 22, § 3, L. 82, L. 73, § 4, L. 68, D., h. t. — (9) J., § 3, *in fine*. — L. 74, L. 64, L. 88, § 2, L. 80, § 1, D., h. t. — L. 1, § 5, D., *Quod legat.*, 43, 3. — L. 26, pr., D., h. t. — L. 76, § 1, D., *De reiv.*, 6, 1.

Digitized by Google

raison de la valeur des legs à celle de l'actif net ; réduction s'il y a lieu ; ses effets (9).

B). Plusieurs institués : 1° Tous font adition : *in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est* (10). Explication. 2° L'un des institués ne peut ou ne veut faire adition ; l'autre institué recueillant la part du premier, la quarte doit-elle se calculer sur les deux parts réunies ? Distinctions. *a)* La part qui n'est pas trop grevée accroît à la part trop grévée (11) ; calcul sur la masse. *b)* La part trop grevée accroît à la part qui n'est pas trop grévée : α) par substitution ; alors calcul sur chaque part (12) ; β) par voie d'accroissement (13) ; même solution ; γ) par voie de *caduc* ; controverses romaines (14). Réformes de Justinien : 1° Le testateur peut désormais prohiber l'application de la quarte Falcidie (15) ; 2° Pour avoir droit à la quarte, l'héritier doit nécessairement faire inventaire, autrement il paierait les legs même *ultra vires* (16).

II. — DES FIDEICOMMIS (J., II, 23, 24. — G., §§ 246 à 289. — U., 25. — P., IV, 1, 2, 3. — D., *Ad Snc. Trebellianum*, 36, 1. — C., *eod.*, 6, 52).

GÉNÉRALITÉS. — *Division des fideicommis.* — *Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur ; nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis* (1). — Fiduciaire (grevé). — Fideicommissaire (bénéficiaire du fideicommis). — Différences générales entre les fideicommis et les legs. Les fideicommis se font sous une forme *précative* (2), dans un testament, ou dans un codicille même non confirmé (3) ; ils peuvent grever toute personne recevant une libéralité du défunt, et même l'héritier *ab intestat* (4) ; on pouvait autrefois faire un fideicommis

(10) J., § 1. — L. 77, D., h. t. — (11) L. 1, § 13, L. 78, D., h. t. — (13) L. 78, D., h. t. — (14) L. 1, § 14, L. 87, § 4, D., h. t. — (15) L. 75, § 1, L. 8, D., h. t. — N. 1, cap. 2, § 2. — (16) L. 22, § 14, C., *De jure delib.*, 6, 30. — N. 1, cap. 2, § 2.

(1) U., 25, § 1. — (2) U., 24, § 1 ; 25, § 1. — (3) G., II, § 270. — (4) G., II, §§ 270, 271. — L. 8, § 1, D., *De jure codicil.*, 29, 7.

Digitized by Google

au profit de personnes incapables de recevoir un legs (4 *bis*). Ces différences montrent les divers buts qu'on pouvait se proposer d'atteindre en faisant un fideicommis. — Auguste rendit l'exécution des fideicommis *obligatoire* pour le fiduciaire et institua un préteur *fideicommissaire* (5). Les fideicommis ne furent assujettis à aucune forme jusqu'à Constantin qui exigea 5 témoins. Justinien permet en outre de déférer le serment au grevé (6).

Section I. — *Du fideicommis d'hérédité* (J., II, 23, §§ 2 et s.).

C'est le fideicommis par lequel l'héritier est chargé de remettre à un tiers la totalité, ou une quote-part de l'hérédité.

Effets du fideicommis d'hérédité.

§ 1. — Depuis Auguste jusqu'ax Snc. *Trebellien*. — Vis-à-vis des tiers, le fideicommissaire n'est pas héritier ; le fiduciaire seul pouvait intenter et devait subir toutes les actions (7), mais il était *obligé* de transférer au fideicommissaire tout l'émolument de la succession. Pour cela, il lui vendait l'hérédité *nummo uno*, et les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* intervenaient entre le fideicommissaire et le fiduciaire (héritier) (8). Le fiduciaire était donc *heres*, le fideicommissaire *loco emptoris hereditatis*.

§ 2. — Du Snc. *Trebellien* (Néron) au Snc. *Pégasien* (Vespasien). — Le Snc. Trebellien (9) évite le danger que pouvait faire courir au fideicommissaire l'insolvabilité du fiduciaire et réciproquement ; il épargne en outre au fiduciaire l'embarras de liquider la succession, en décidant qu'il suffirait que le fiduciaire consentit à restituer l'hérédité au fideicommissaire, et qu'à partir de ce moment toutes les actions de l'hérédité passeraient activement et passivement au fideicommissaire. Le fiduciaire s'effaçait alors au moyen de l'exception *restitutæ hereditatis* (10).

(4 *bis*) G., II, §§ 285 à 288. — (5) Cicer., *De finibus*, 17. — *In Verrem*, I, 47. — J., II, 23, pr. — (6) J., II, 24. § 3. — L. 115, D., *De leg.* 1°, 30. — P., IV, 1, § 6. — U., 25, § 3. — L. 1, C., Th., *De test.*, 4, 4. — L. 8, § 3, C., *De codicil.*, 6, 36. — J., II, 23, § 12. — (7) J., § 3. — (8) G., II, § 282. — (9) L. 1, D., h. t. — (10) J., § 4. — G., II, § 253. — P., IV, 2. — L. 37, L. 63, L. 27, § 7, D., h. t.

Digitized by Google

Le fideicommissaire a d'ailleurs, pour réclamer l'hérédité aux tiers qui la détiendraient, une action *utile* analogue à la *petitio hereditatis*, la *fideicommissaria hereditatis petitio* (11). — Le fideicommissaire est donc ici *loco heredis*, et le fiduciaire s'efface.

§ 3. — Snc. *Pégasien* (73 ap. J.-C.). Ce Snc. évite les inconvénients que le système antérieur présentait encore, en disposant que le fiduciaire pourrait retenir le quart de l'hérédité, et qu'il pourrait être contraint, à la requête du fideicommissaire, de faire adition d'hérédité. Quarte Pégasienne (appelée par les textes quarte Falcidie) ; elle diffère de la quarte Falcidie ordinaire en ce qu'il semble que le testateur en ait toujours pu prohiber l'application, du moins en laissant des objets au fiduciaire, à titre particulier (12). Le fiduciaire qui prouve avoir *par erreur* restitué plus des 3/4 de l'hérédité a la *condictio indebiti* (13). — Le Snc. Pégasien laisse subsister le Snc. Trebellien dans les cas où l'on a pas besoin d'appliquer le Pégasien ; 5 hypothèses : 1° Le testateur a laissé au fiduciaire, à titre universel, une valeur au moins égale à la quarte : alors les actions se partagent ; le fiduciaire est *heres* et le fideicommissaire *loco coheredis* (14). Le Pégasien ne s'applique pas. — 2° Le testateur a laissé, à titre particulier, au fiduciaire, une valeur même inférieure à la quarte en le priant de restituer l'hérédité sauf ces objets. Le Pégasien ne s'applique pas ; le fideicommissaire est *loco heredis* et le fiduciaire *loco legatarii rei singularis* (14 *bis*). Probablement on a pensé que, dans cette hypothèse, le fiduciaire n'était, dans l'intention du testateur, qu'un légataire, et non un héritier ayant droit à la quarte. — 3° Le fiduciaire, jugeant l'hérédité mauvaise, ne veut pas faire adition. — Alors le magistrat l'y contraint ; le Pégasien ne s'applique pas, le fiduciaire n'a pas droit à la quarte, il s'efface, et le fideicommissaire est *loco heredis* (14 *ter*) ; 4° Le fiduciaire n'a pas la quarte, mais il ne veut pas la retenir. Ici, suivant les uns, même solution

(11) D., *De fideicom. hered. pet.*, 5, 6. — (12) L. 30, §§ 4, 5, D., h. t. — (13) L. 21, L. 60, L. 68, § 1, D., h. t. — L. 39, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — P., IV. 3, § 4. — (14) J., § 9. — (14 *bis*) J., § 9. — L. 30, §§ 3, 4, D., h. t. — (14 *ter*) J., § 7. — L. 4, D., h. t.

Digitized by Google

que dans le cas précédent (14 *quater*) ; suivant d'autres jurisconsultes, dont l'opinion triompha (14 *quinquies*), le Pégasien s'appliquait, en ce sens qu'il abrogeait le Trebellien, que l'on se retrouvait ainsi dans la situation antérieure au Trebellien, que par suite le fiduciaire était *heres*, le fideicommissaire *loco emptoris hereditatis*. — 5° Si le testateur n'a point laissé la quarte, ni des objets particuliers, le fiduciaire, invoquant le Snc. Pégasien, retiendra la quarte. Il sera *heres*, le fideicommissaire sera, pour les 3/4 de l'hérédité, *loco legatarii partiarii*, et les stipulations *partis et pro parte* interviendront entre eux (14 *sexies*).

§ 4. — Époque de Justinien. Désormais le fiduciaire, à moins qu'il n'ait reçu des objets particuliers, ou qu'il ne veuille rien garder, sera toujours *heres*, et le fideicommissaire *loco coheredis ;* le Pegasien est abrogé, sauf le droit à la quarte (15).

Comparaison de l'institution d'héritier et du fideicommis d'hérédité : *a)* Différences disparues au temps de Gaius (16). *b)* Différences qui subsistaient encore à cette époque (17).

Des *substitutions fideicommissaires* en droit romain (institution avec charge de restituer à la mort de l'institué). Inaliénabilité des biens substitués (sauf au cas de fideicommis *de eo quod supererit)*. Une substitution fideicommissaire ne peut durer plus de quatre générations (18).

Comparaison entre le fideicommis d'hérédité et le legs partiaire : *a)* Différences disparues au temps de Gaius : (les mêmes qu'entre le fideicom. d'hérédité et l'institution. *b)* Différences qui subsistaient au temps de Gaius. Sous Justinien, il n'y en a plus qu'une seule : le légataire partiaire n'a jamais les actions héréditaires activement ou passivement (19).

Section II. — *Des fideicommis particuliers* (J., II, 24).

Le fid. particulier est celui qui porte sur des objets

(14 *quater*) P., IV, 3, § 2. — Voy. aussi Modestin, L. 45, D., h. t. — (14 *quinquies*) G., II, § 257. — U., 25, § 14. — J., § 6. — (14 *sexies*) G., II, §§ 256, 257. — U., 25, §§ 14 et 15. — P., IV, 3. — (15) J., § 7. — (16) G., II, §§ 284 à 289. — (17) G., II, §§ 268 à 284. — (18) G., II, § 277. — L. 2, § 3, C., *Communia de legat.*, 6, 43. — L. 69, § 1, D., *De legatis 2°*, 31. — N. 159, cap. 1. — Art. 896, 1048 et s., C. civ. — (19) Théoph., II, 23, § 5.

Digitized by Google

particuliers, et non sur l'hérédité ou une quote-part de l'hérédité. On peut grever de ce fideicommis même un *donataire à cause de mort* (20). On peut laisser par fideicommis tout ce que l'on peut léguer *per damnationem* (21). Le fideicommis rend le fideicommissaire créancier du fiduciaire (22).

Différences entre les legs particuliers et les fideicommis particuliers (23).

Réformes de Justinien. Il fusionne les legs et les fideicommis, en empruntant à chacune de ces institutions ce qu'elle avait de plus favorable pour le gratifié (24).

Moyens introduits par Justinien pour assurer l'exécution des libéralités testamentaires (25).

III. — AUTRES DISPOSITIONS FAITES PAR ACTE DE DERNIÈRE VOLONTÉ.

§ 1. — Des affranchissements testamentaires. — Ce sont des legs, ou des fideicommis (26). Différences entre le legs de liberté et les autres legs (27); entre le fideicommis de liberté et les autres fideicommis (28); entre le legs et le fideicommis de liberté. Sous Justinien, la seule différence c'est qu'en cas de fideicommis l'esclave devient l'affranchi du fiduciaire (généralement l'héritier) (29).

§ 2. — Des *mortis causa capiones* (D., *de mortis causa donationibus et capionibus*, 39, 6).

Toute acquisition à cause de mort qui ne constitue ni un legs, ni un fideicommis, ni une donation *mortis causa*, est une *mortis causa capio* (1). Exemples; ce qui est donné à l'héritier par le légataire pour accomplir la condition à laquelle est subordonnée le legs (2); par les

(20) J., § 1, h. t. — G., II, § 271. — (21) U., 25, § 5. — (22) G., II, § 262. — J., § 1. — (23) J., II, 20, § 3, § 35; II, 24, § 2 et III, 27, § 7. — G., II, §§ 268 et s., et §§ 277, 281, 278, 279, 280, 282, 283. — U., 25, §§ 2 à 12. — V., § 85. — L. 114, § 19, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 40, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 38, § 7, D., *De usuris*, 22, 1. — (24) J., II, 20, § 3. — (25) N. 1, cap. 1. — (26) J., II, 24, § 2. — G., II, § 267. — (27) L. 34, D., *Ad leg. Falcid.*, 35, 2. — (28) G., II, § 265. — L. 6, C., *De fideicom.* 7, 4. — J., II, 24, § 2. — (29) Même texte.

(1) L. 34, L. 38, L. 21, D., h. t. — (2) L. 8, pr., D., h. t.

Digitized by Google

créanciers ou les légataires pour engager l'héritier à faire adition ; par le substitué ou par l'héritier *ab intestat* pour l'engager au contraire à ne pas faire adition (3). Ces libéralités s'imputent sur la quarte Falcidie (4).

§ 3. — De l'assignation d'affranchi. Un *p. f.* peut laisser, par testament ou codicille, à un de ses enfants à l'exclusion des autres, ses droits de patronage sur un affranchi (5).

§ 4. — Nomination d'un tuteur. Faite par testament ou par codicille. Différences entre cette nomination et un legs (6). Ressemblances (7).

§ 5. — Légitimation d'un *liber naturalis* (renvoi plus haut, p. 48).

IV. — DES CODICILLES. (J., II, 25. — D., *De jure codicillorum*, 29, 7. — C., *de codicillis*, 6, 36).

Le codicille est une déclaration de dernière volonté qui ne contient pas d'institution d'héritier. Etymologie. Origine des codicilles (1). D'abord affranchis de toute forme ; plus tard on exigea la présence de cinq témoins (2). Si le *de cujus* n'a pas fait de testament, il ne peut insérer que des fideicommis dans ses codicilles ; s'il a fait un testament, on finit par admettre dans les codicilles toutes les dispositions testamentaires, sauf les institutions, les substitutions et les exhérédations (3). Un testament nul peut valoir comme codicille, si le testateur en a exprimé la volonté (clause codicillaire) (4).

Division des codicilles :

1° Codicilles confirmés par le testament postérieur *(in præteritum)*, ou confirmés d'avance par le testament

(3) L. 31, § 2, D., h. t. — L. 30, pr., § 7, D., *Ad leg. Falcid.*, 35, 2. — (5) J., III, 8. — (6) J., II, 20, §§ 34, 35. — L. 116, § 1, D., *De legat.*, 1°, 30. — (7) J., I, 14, § 3, II, 20, §§ 25 et 27. — U., 16, § 17.

(1) J., pr., h. t. — (2) L. 8, § 3, C., h. t. — J., II, 23, § 12. — (3) G., II, § 273. — J., § 2. — L. 76, D., *Ad Snc. Trebell.*, 36, 1. — L. 2, § 4, L. 6, pr., L. 10, L. 13, § 1, D., h. t. — (4) L. 1, L. 13, § 1, D., h. t. — L. 8, § 1, C., h. t.

Digitized by Google

antérieur *(in futurum)*. Pour les premiers, la confirmation peut n'être qu'implicite (4 *bis*). Les codicilles confirmés peuvent contenir toute espèce de disposition, excepté l'institution d'héritier et ses dépendances (5). Pour savoir si la disposition était valable, il fallait, quant à la capacité du testateur, se reporter au moment de la confection du *codicille* (6). Pour la validité de la disposition en elle même, on se reporte au jour de la confection du *testament* ; exemples (7). Pour connaître la consistance du legs ou du fideicommis, on se reporte au jour du codicille (8). Ces codicilles font corps avec le testament et tombent s'il est infirmé (9).

2° Codicilles non confirmés. — Il sont nécessairement faits *après* le testament (autrement ils seraient ou révoqués, ou confirmés par ce testament). Ils ne peuvent contenir que des fideicommis, d'ailleurs assimilés aux legs sous Justinien (10). Cependant, même sous Justinien, il y a intérêt à distinguer les codicilles confirmés des non confirmés, au point de vue de la nomination d'un tuteur et de l'effet d'un affranchissement par acte de dernière volonté (11). La validité des dispositions qu'ils contiennent s'apprécie, selon nous, comme pour les codicilles confirmés (12). Ils sont aussi liés au sort du testament (13).

3° Codicilles *ab intestat*. — Ils ne pouvaient contenir que des fideicommis (14). Pour apprécier leur validité, il fallait se reporter, en principe, au moment de leur confection ; cependant, si le *de cujus* a persisté dans la même volonté, on n'exige sa capacité qu'au jour de son décès (15). Ils demeurent valables malgré des faits qui auraient rompu un testament (16).

(4 *bis*) J., § 1. — L. 5, D., h. t. — (5) L. 77, L. 36, D., *De hered. instit.*, 28, 5. — J., § 2. — (6) L. 6, § 3, L. 8, § 2, D., h. t. — L. 12, § 5, D., *De captiv.*, 49, 15. — (7) L. 8, § 5, L. 2, § 2, D., h. t. (supprimez *non* dans ce texte) ; *Cujas in Dig. Juliani*, liv. 37. — Mommsen, *Dig.*, h. l. — L. 26, D., *De adim. leg.*, 34, 4. — (8) L. 8, § 1, D. h. t. — (9) L. 3, § 2, L. 16, D., h. t. — (10) U., 25, § 8. — P., IV, 1, § 10. — (11) L. 3, pr., D., *De testament. tutela*, 26, 1. — L. 1, § 1, D., *De conf. tut.*, 26, 3. — L. 43, D., *De manumissionibus*, 40, 5. — (12) Arg. L. 3, § 2, D., h. t. — (13) Même texte. — (14) J., § 1. — (15) L. 1, § 1, L. 5, D., *De leg.* 3°, 32.

Digitized by Google

Remarque. — On peut avoir plusieurs codicilles ; ils ne s'abrogent que si leurs dispositions sont incompatibles (17). Il en est de même des testaments du droit français, qui ressemblent aux codicilles du droit romain (18).

(16) L. 3, § 1, D., h. t. — (17) J., § 3. — (18) Art. 1022, 1036, C. civ.

FIN DU TOME PREMIER

CHATEAUROUX. — TYP. ET STÉRÉOTYP. A. MAJESTÉ

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

RÉSUMÉ

DU

COURS DE DROIT ROMAIN

PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Charles

PAR C. APPLETON

TOME SECOND

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
LIBRAIRES-ÉDITEURS
22, Rue Soufflot, 22.

LYON
HENRI GEORG
LIBRAIRE-ÉDITEUR
65, Rue de la République, 65.

1884

Digitized by Google

EXPLICATION DES SIGNES

I. Institutes de Justinien.
G. Commentaires de Gaius.
D. Digeste.
C. Code.
N. Novelle
P. Pauli sententiæ receptæ.
U. Ulpiani liber regularum.
V. Fragmenta vaticana.
L. Loi.
Pr. Præmium.

Exemple : L. 10, § 5, D., *De ad. rer. dom.*, 41, 1. — Loi 10, § 5, Digeste, *De adquirendo rerum dominio*, livre XLI, titre 1.

Lorsque le livre et le titre du Digeste, du Code, des Institutes, etc., ne sont pas indiqués, ou lorsqu'on trouve l'abréviation : h. t. *(hoc titulo)*, la citation se réfère au livre et au titre indiqués *dans le texte de ce résumé*, en tête de la matière à laquelle se rapportent les notes.

Digitized by Google

TITRE II

Des successions ab intestat du droit civil.

Prolégomènes (J., III, 1). — L'héritier *ab intestat,* comme l'héritier testamentaire, continue la personne du défunt (1). La succession *ab intestat* a précédé la succession testamentaire ; réfutation du système contraire. — Coup-d'œil sur la marche historique du droit romain en matière de succession *ab intestat* ; la loi des XII tables, le Préteur, les Constitutions impériales, les Novelles de Justinien.

La succession *ab intestat* est la transmission, à une ou plusieurs personnes vivantes, du patrimoine d'une personne morte sans laisser de testament valable (2). — Elle n'est pas déférée au jour du décès du *de cujus*, mais seulement au moment où l'on acquiert la certitude qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire ; c'est à ce moment qu'on se place pour déterminer l'héritier *ab intestat* (3). Exemples. Dans les cas où la dévolution à des héritiers plus éloignés, ou à un autre ordre d'héritiers (par suite du refus des plus proches par ex.) est admise, c'est au moment de la répudiation par les héritiers plus proches que l'on se place, pour déterminer quel est l'héritier plus éloigné, ou d'un autre ordre, qui recueillera la succession. Exemples (4).

Pour succéder *ab intestat* il faut : 1° avoir la qualité de citoyen romain (5) ; 2° être vivant, ou au moins conçu lors du décès du *de cujus* (6). Règles communes aux successions testamentaires et *ab intestat.*

SYSTÈME DE LA LOI DES XII TABLES. (J., III, 1. — G., III, §§ 1 et s.)

Principe : *le système successoral est basé sur le lien de puissance.*

(1) J., pr., h. t. — (2) J., pr. — (3) J., § 7, h. t. et III, 2, § 6. — (4) L. 1, § 11, L. 2, § 22, D., *Ad. snc. Tertyll.*, 38, 17. — (5) P., IV, 10, § 3. — (6) J., § 8.

Digitized by Google

A) Succession d'un ingénu, justus liber, *devenu* sui juris *sans émancipation.*

1er ordre : *les héritiers siens* (7). Pour être héritier sien il fallait : 1° avoir été soumis à la *patria potestas* du *de cujus* au moment de la mort de ce *pat. fam.* — Applications de cette règle ; exceptions (8) ; 2° n'être précédé par personne dans la famille au moment où l'hérédité est déférée. Exemples (9). Ces héritiers sont siens et nécessaires (10) ; il n'y a donc point, *jure civili,* de dévolution possible à d'autres héritiers. Ils succèdent par souches ; la représentation est admise (11).

2e ordre : *les agnats.* (J., III, 2. — G., III, §§ 9 à 16. — U., 26, §§ 1 et s.) — Définition (voy, t. I, p. 40). — Il fallait que l'agnation existât au jour du décès du *de cujus.* Exemples (12). Exceptions (13). Ils succèdent, s'il n'y a pas de *sui* au jour de la délation de la succession (14) ; l'agnat le plus proche à ce moment succède seul. Exemples (15). Point de représentation (16). Plusieurs agnats également proches partagent par têtes (17). Les agnats succèdent à quelque degré qu'ils soient (18). A l'origine, point de distinction à raison du sexe, mais plus tard, *Voconiana ratione,* les femmes agnates, excepté les sœurs du *de cujus (consanguineæ),* furent exclues de la succession (19). Les agnats sont héritiers *externes* ; s'ils refusent, ou laissent passer le délai pour accepter, point de dévolution aux agnats subséquents, ni, *a fortiori,* aux *Gentils* (20). *Quid, jure antiquo,* s'ils acceptaient sans faire crétion (21) ?

3e ordre : *les Gentils* (22).

B) Succession d'un affranchi (citoyen romain).

1er ordre : *les héritiers siens.*

(7) J., §§ 1 à 6. — G., III, §§ 1 à 8. — U., 26, § 1. — (8) J., §§ 2, 8. — L. 1, pr., D., *De suis et leg.,* 38, 16. — G., III, § 5. — P., IV, 8, §§ 7, 24. — (9) J., § 7. — (10) L. 11, D., *De lib. et post.,* 28, 1. — (11) G., III, §§ 7, 8. — U., 26, § 2. — (12) Arg. J., III, 1, § 8. — L. 127, D., *De legat.* 1°, 30. — (13) L. 8, C., *De leg. hered.,* 6, 58. — P., IV, 8, § 24. — (14) J., § 1, *in fine,* § 6. — U., 26, § 3. — (15) G., III, § 13. — L. 2, § 8, L. 5, D., *De suis et leg.,* 38, 16. — (16) G., III, §§ 15, 16. — U., 26, § 4. — P., IV, 8, § 19. — (17) J., § 5. — (18) J., § 3. — J., III, 5, § 5. — L. 2, § 1, D., *De suis et leg.,* 38, 17. — (19) J., § 3. — G., III, § 14. — P., IV, 8, § 22. — (20) G., III, § 12, § 22. — J., § 7. — U., 26, § 5. — P., IV, 8, § 23. — (21) P., IV, 8, § 2 — (22) G., III, § 17.

Digitized by Google

2° ordre : *le patron ou ses enfants non émancipés* (23).

C) Succession d'un ingénu, justus liber, *devenu* sui juris *par émancipation.*

Elle était probablement réglée comme celle de l'affranchi.

D) Succession au liber naturalis *et au* spurius. Ordre unique : *les héritiers siens.*

DEUXIÈME ÉPOQUE

DES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES ET AB INTESTAT DU DROIT PRÉTORIEN. (THÉORIE DES BONORUM POSSESSIONES)

(J., III, 9. — G., III, §§ 32, 33, etc. — D., *De bonorum possessionibus,* 37, 1.)

CHAPITRE I

GÉNÉRALITÉS

SECTION I. — Définition et but primitif des *bonorum possessiones.*

La *bonorum possessio* est la succession prétorienne à l'ensemble des biens du défunt (1). Origine et but primitif de cette institution. Anciennement, dans l'instance en pétition d'hérédité, le préteur accordait la possession des biens du défunt, et par conséquent les avantages de la situation de défendeur; à celui qui de prime abord paraissait être le véritable héritier (2). La *bonorum possessio* était alors donnée *confirmandi juris civilis gratia.* — Plus tard le préteur accorda la *b. p.* aux cognats, lorsqu'il n'y avait point d'héritiers du droit civil ; la *b. p.* est alors donnée *supplendi j. c. g.* (3). — Enfin, dans certains

(23) G., III, § 60, § 43. — J., III, 7, pr. — U., 27.
(1) Comp. L. 3, § 2, D., h. t. — (2) Cic., *in Verrem,* II, 1, 44, 45. — Voy. aussi G., IV, 16, 17. — (3) Cic., *pro Cluentio,* 60.

Digitized by Google

cas, le préteur accorde la *b. p.* à l'encontre des héritiers du droit civil, mais cette *b. p.*, donnée alors *infirmandi* ou *corrigendi j. c. g.*, ne devint efficace contre l'héritier du droit civil qu'en vertu de constitutions impériales ; en principe elle est donc *sine re.*

SECTION II. — Effets généraux de la *bonorum possessio*. Ressemblances avec l'hérédité civile (4). Différences (5). La *b. p.* était-elle de droit des gens, ou bien au contraire fallait-il avoir la qualité de citoyen romain pour succéder *jure prætorio ?* Controverse (6).

SECTION III. — *Règles générales relatives à l'acquisition des* bonorum possessiones.

Deux conditions sont nécessaires pour obtenir la *b. p.* : 1° Une demande *(agnitio)*, expresse à l'époque classique et formée devant le magistrat (7). Justinien n'exige plus qu'une manifestation quelconque de volonté (8). Le magistrat ne vérifie pas la qualité de l'impétrant, mais celui-ci devra, lorsqu'il intentera l'interdit *quorum bonorum*, ou la *possessoria hereditatis petitio*, justifier devant le juge qu'il était dans les conditions nécessaires pour obtenir la *b. p.* (9). — 2° Cette demande doit être formée en général dans le délai de 100 jours (d'un an pour les descendants et les ascendants) (10) comptés du moment où l'appelé a connu sa vocation et a pu former sa demande (11). Conséquences, notamment pour le *furiosus* (12). L'expiration du délai entraîne déchéance de l'appelé et donne lieu, soit à l'accroissement au profit des autres appelés, soit à la dévolution aux appelés d'un ordre ou d'un degré inférieur. Cependant, point de dévolution dans l'ordre des agnats ap-

(4) G., III, § 32. — U., 28, § 12. — L. 1, L. 3, pr., L. 3, § 7, § 9, L. 4, L. 5, D., h. t. — L. 12, pr., D., *De bon. pos. contra tab.*, 37, 4. — L. 1, L. 2, D., *De pos. her. pet.*, 5, 2. — L. 24, § 1, D., *fam. ercis.*, 10, 2. — (5) J., § 2, h. t. — G., III, §§ 80, 81. — G., IV, § 34. — U., 28, § 12. — Theoph., III, 9, § 10. — L. 3, § 7, L. 7, § 1, D., h. t. — L. 65, pr., D., *Ad snc. Trebel.*, 36, 1. — (6) Cicéron, *in Ver.*, II, 1, 46, 22. — L. 1, C., *De hered. instit.*, 6, 24. — P., IV, 10, § 3. — J., I, 6, § 6. — L. 13, D., h. t. — U., 20, § 4. — (7) L. 1, § 4, D., *De b. p. s. t.*, 37, 11. — L. 2, § 3, D., *Unde legit.*, 38, 7. — L. 1, L. 2, C., *Comm. de succes.*, 6, 59. — Theoph., III, 9, § 9. — L. 9, C., *Qui admit.*, 6, 9. — (8) J., § 10. — (9) L. 3, § 8, D. h. t. — L. 1, C., *Quorum bon.*, 8, 2. — (10) J., § 8. — L. 1, pr., § 12, D., *De successorio edicto*, 38, 9. — (11) U., 28, § 10. — L. 5, C., *Qui admit.*, 6, 9. — (12) J., § 9. — L. 2, pr., D., *Quis ordo in poss.*, 38, 15. — L. 7, § 3, C., *De curat. fur.*, 5, 70.

Digitized by Google

pelés à la *b. p. unde legitimi* (13). Lorsqu'une personne est appelée à plusieurs *b. p.*, elle peut demander la seconde après avoir laissé passer le délai utile pour solliciter la première, etc.

SECTION IV. — *Divisions des* b. p.

1° *B. p.* données *confirmandi, supplendi, impugnandi j. c. g.*

2° *B. p.* testamentaires ou *ab intestat.*

3° *B. p. cum re* ou *sine re* (1).

4° *B. p. Edictales* ou *Decretales.*

CHAPITRE II

BONORUM POSSESSIONES TESTAMENTAIRES

Elles se subdivisent en : 1° *b. p. contra tabulas,* et 2° *b. p. secundum tabulas.*

SECTION I. — *De la b. p. contra tabulas.* (D., *De bon. pos. cont. tab.*, 37, 4.)

Elle est *testamentaire,* parce qu'elle ne détruit pas complètement le testament. *Deux applications :*

a) Le *de cujus* est un ingénu. La *b. p. c. t.* est alors donnée pour sanctionner l'obligation imposée par le préteur d'instituer ou d'exhéréder certains héritiers (2). Conditions requises pour que cette *b. p.* soit accordée. Il faut : 1° Qu'il y ait un testament qui serait valable, au moins *jure prætorio,* si le testateur n'avait pas omis un héritier qu'il aurait dû instituer ou exhéréder (3). — 2° Qu'il y ait eu omission d'un héritier que le droit civil ou le préteur ordonne d'instituer ou d'exhéréder, ou bien exhérédation *inter ceteros* d'un petit-fils. (Renvoi au cours de première année, Résumé, p. 159 *in fine* et 160). — 3° Que l'omis n'ait pas approuvé le testament (4).

(13) J., § 9. — L. 1, §§ 6, 9, 11, D., *De successorio edicto,* 38, 9. — U., 28, § 1. — L. 1, § 7, D., *Unde cognati,* 38, 8. — G., III, § 28. — J., III, 2, § 7.

(1) G., III, §§ 35 à 38. — U., 28, § 13. — G., II, §§ 119, 120. — L. 1, C., *Quorum bon.*, 8, 2. — (2) J., III, 1, § 12. — III, 9, § 3. — (3) Arg L. 19, D., h. t. — (4) L. 3, §§ 15, 16, D., h. t.

Digitized by Google

A quelles personnes était donnée la *b. p. c. t.* ? — 1° A ceux qui ont été indûment omis d'après le droit prétorien (5). — 2° Et, dans ce cas, elle est donnée aussi à ceux-là même que le testateur a institués (6) ; ils y ont intérêt en ce que par la *b. p. c. t.* ils obtiennent leur part *ab intestat*, et sont dispensés de payer la plupart des legs (7). — Les exhérédés n'ont pas droit à la *b. p. c. t.*, mais il leur reste la *querela de inofficioso testamento*.

Effets de la *b. p. c. t.* — 1° Les institutions tombent dans la mesure de la part *ab intestat* de celui qui demande la *b. p.* Exemple (8). Toutefois les filles omises n'obtiennent pas plus par la *b. p. c. t.* que par le *jus adcrescendi*. (Voy. Cours de 1re année, Résumé, p. 160 texte et note 12). — 2° Les legs tombent sauf certaines exceptions (9). — 3° *Collatio bonorum*. — 4° Les exhérédations et les substitutions pupillaires restent debout (10).

b) Deuxième application de la *b. p. c. t.* — Le *de cujus* est un affranchi (décédé sans enfants ou les ayant exhérédés). Le patron a une réserve, *bonorum possessio dimidiæ partis*. *Quid* de la patrone (11) ? Le *parens* émancipateur jouit d'un droit analogue à l'égard de l'émancipé (12).

Toutes ces *b. p.* sont *cum re* du temps d'Hadrien (13).

Section II. — *Bonorum possessio secundum tabulas*. (D., *De b. p. s. t.*, 37, 11. — C., *eod.*, 6, 11.)

Deux applications. — 1° Elle est donnée aux institués d'un testament civil valable, dans le cas où il n'y a pas lieu à la *b. p. contra tabulas* (1). Alors elle est toujours *cum re*, car elle confirme le droit civil. — 2° Aux institués d'un testament prétorien nul *jure civili* (2). Exemples (3). Cette *bonorum possessio*, ainsi donnée *infirmandi j. c. g.*

(5) J., III, 1, § 12. — L. 1, pr., L. 6, D., h. t. — (6) L. 3, § 1, L. 10, § 6, D., h. t. — (7) L. 8, § 14, D., h. t. — Voy. notes 9 et 10 *infra*. — (8) L. 14, pr., D., h. t. — (9) L. 1, L. 3 pr., § 7, D., *De legat. præst.*, 37, 5. — (10) L. 10, § 5, D., h. t. — (11) G., III, §§ 43, 49. — U., 29, § 2. — (12) L. 3, pr., L. 1, § 6, D., *Si a par. quis*, 37, 12. — (13) L. 13, pr., D., h. t. — Arg. G., II, § 126.

(1) L. 8, § 4, D., h. t. — L. 2, C., h. t. — L. 2, pr., D., *De b. p. c. t.*, 37, 4. — (2) J., II, 17, § 6. — G., II, § 147. — (3) G., II, §§ 119, 120. — L. 11, § 2, D., h. t. — J., III, 9, pr. — L. 12, pr., D., *De injusto rupto*, 28, 3. — L. 1, pr., § 9, L. 6, § 9, D., *Si quis omissa*, 29, 4.

Digitized by Google

lorsqu'il y a un héritier du droit civil, est en principe *sine re* (4), mais des Constitutions impériales la rendirent *cum re* (4 *bis*), sauf dans le cas de posthume externe institué, et de femme testant sans l'*auctoritas* de son tuteur (ascendant ou patron) (4 *ter*). — Cette *b. p.* a pour effet de maintenir le testament *jure prætorio* (5).

CHAPITRE III

BONORUM POSSESSIONES AB INTESTAT

SECTION I. — *Succession d'un ingénu.*

1° *B. p. unde liberi* (D., *Si tabulæ*, etc., 38, 6).

Elle était donnée à tous ceux que le *de cujus* eût été tenu d'instituer ou d'exhéréder, *jure civili* ou *jure prætorio*. Exemples (1). — Les enfants adoptifs l'ont sur les biens de l'adoptant, s'ils n'ont pas été émancipés, et sur les biens de leur père naturel, s'ils ont été émancipés par l'adoptant avant le décès du père naturel (2). — Les appelés partagent par souche, sauf le concours de l'émancipé avec ses enfants restés sous la puissance de l'aïeul (3), et sauf la *collatio* imposée aux émancipés au profit des enfants restés en puissance (renvoi plus bas, p. 13 et 14). — Pour qu'il y eût lieu à cette *b. p.*, il fallait que le *de cujus* fût mort intestat, ou que son testament fût sans effet *jure civili* et *jure prætorio* (4). — D'ailleurs, si les institués répudient la succession testamentaire et se présentent comme héritiers *ab intestat*, le préteur les force à acquitter néanmoins tous les legs. (Édit : *si quis omissa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem*, D., 29, 4).

2° *Bonorum possessio unde legitimi* (5).

(4) U., 23, § 6. — (4 *bis*) G., II, §§ 119, 120. — L. 11, § 2, D., h. t. — L. 12, pr., D., *De injusto rupto*, 28, 3. — L. 1, pr., § 9. L. 6, § 9, D., *Si quis omissa*, 29, 4. — (4 *ter*) Arg. G., II, § 287. — G., II, §§ 118, 119, 122. — (5) L. 2, §§ 2 et 4, D., h. t.

(1) J., III, 1, §§ 9 et 10. — (2) J., III, 1, § 11. — U., 28, § 8. — J., III, 1, § 14. — (3) D., *De conjungendis cum emancipato liberis ejus*, 37, 18. — (4) L. 1, §§ 2, 3, D., h. t. — (5) J., III, § 13. — L. 5, pr., D., h. t. — C., *Unde legitimi et cognati*, 6, 15.

Digitized by Google

3° *B. p. unde cognati* (6). Elle ne donne pas toujours satisfaction à l'affection présumée du défunt, en ce que par exemple, un frère utérin, cognat au 2me degré, partage avec le petit-fils de sa sœur la succession de cette dernière et exclut l'arrière-petit-fils.

4° *B. p. unde vir et uxor* (7).

Section II. — *Succession d'un affranchi.* — 1° *B. p. unde liberi.* — 2° *B. p. unde légitimi* (le patron et ses enfants). — 3° *Unde cognati,* etc. — 4° *Unde vir et uxor.*

Section III. — Succession d'un émancipé. Réglée en principe comme celle d'un affranchi.

Section IV. — Succession d'un *liber naturalis* ou d'un *spirius.* — 1° *Unde liberi.* — 2° *Unde cognati.* — 3° *Unde vir et uxor.*

CHAPITRE IV

BONORUM POSSESSIONES CUM RE, OU SINE RE

La *b. p.* est *cum re* lorsque le *bonorum possessor,* qui peut toujours se faire mettre en possession de l'hérédité par l'interdit *quorum bonorum,* a en outre une exception pour repousser la *petitio hereditatis* intentée alors par l'*heres* du droit civil. Dans le cas contraire, la *b. p.* est *sine re.* Les *b. p.* données *confirmandi* ou *supplendi j. c. g.* sont toujours *cum re ;* données *corrigendi j. c. g.,* elles étaient en principe *sine re,* mais des constitutions impériales donnèrent, dans la plupart des cas, au *bonorum possessor* l'exception dont il avait besoin pour repousser l'*heres.*

En pratique, pour savoir si une *bonorum possessio* est *cum re* ou *sine re,* il suffit de consulter *l'ordre dans lequel les b. p. sont données par l'Edit.* La *b. p.* est *cum re,* lorsque l'Edit donne au simple *b. possessor* (héritier du droit prétorien seulement) une *b. p.* d'un ordre préférable à celui de la *b. p.* qu'il offre à l'héritier du droit

(6) J., III, 5. — D., *Unde cognati,* 28, 8. — L. 3, C., *Unde leg. et cogn.,* 6, 15. — (7) D., 38, 11. — C., *eod.,* 6, 18.

Digitized by Google

civil (1). — Ordre de l'Édit : 1° *b. p. contra tabulas ;* 2° *b. p. secundum tabulas ;* 3° *b. p. unde liberi ;* 4° *b. p. unde legitimi ;* 5° *b. p. unde cognati ;* 6° *b. p. unde vir et uxor.* Si la même *b. p.* est donnée au simple *b. possessor* et à l'*heres*, ils partagent. — Applications. Cas de *b. p. cum re* (2) ; — cas de partage (2 *bis*) ; — cas de *b. p. sine re.*

Ressemblances entre la *b. p. cum re* et la *b. p. sine re.* Le *b. possessor* a, dans les deux cas, l'interdit *quorum bonorum* même contre l'*heres*, et cet interdit lui assure toujours la position de défendeur ; il a aussi la *possessoria hereditatis petitio*, et les actions héréditaires fictices *(ficto se herede)* contre les tiers ; enfin il usucape *pro herede.* Mais, lorsque l'*heres* intente la *petitio hereditatis* contre le *b. possessor*, ce dernier peut ou non lui opposer l'exception de dol, selon que la *b. p.* est *cum re* ou *sine re.* De plus, si la *b. p.* est *sine re*, la *pos. hered. pet.* est repoussée par l'héritier au moyen, selon nous, d'une exception analogue à l'exception *justi dominii ;* si elle était *cum re*, l'exception serait brisée par une réplique de dol. Enfin, après le triomphe de l'héritier, les actions fictices n'appartiennent plus au *b. possessor sine re ;* s'il avait usucapé, cette usucapion serait rescindée au profit de l'héritier depuis le Snc. Jouventien.

CHAPITRE V

BONORUM POSSESSIONES EDICTALES, DECRETALES.

SECTION I. — *Généralités.*

Les *b. p.* précédentes sont appelées *edictales* ou *ordinaires*, parce qu'elles sont accordées par le préteur sans examen préalable et en vertu d'une disposition générale de l'Édit (1). Les *b. p. decretales*, au contraire, exigent

(1) Voy. Maynz, § 457. — (2) Voy. ci-dessus p. 7 note 1 ; — p. 8, note 13 ; — p. 9 note 4 *bis*. — (2 *bis*) J., III, 1, § 9 *in fine*. — L. 1, D. *De collatione*, 37, 6.

(1) L. 30, § 1, D., *De adq. et om. her.*, 29, 2. — L. 1, § 15, D., *Si tab. test. nullæ*, 38, 6.

Digitized by Google

un examen préalable et un décret spécial (2). — Conséquences : le préteur, en les octroyant, fait un acte de juridiction contentieuse (3) ; — elles ne peuvent être répudiées expressément (4). Avant de devenir *edictales*, il est probable que toutes les *b. p.* furent d'abord *decretales*.

SECTION II. — *Cas d'application des b. p. decretales.*

§ I. — Cas où deux personnes se présentant, on ne peut savoir encore à laquelle des deux il faut accorder la *b. p.* — Trois exemples :

1° *B. p. decratalis furiosi nomine.* Lorsque l'appelé est fou et par suite ne peut demander la *b. p.* qui lui compète, le préteur lui accorde provisoirement une *b p. decretalis* sur la demande de son curateur, moyennant que le curateur fournisse caution de restituer la succession aux héritiers du degré ou de l'ordre suivant, au cas où le fou mourrait sans avoir recouvré la raison (5).

2° *B. p. decretalis ventris nomine.* Elle est accordée à la mère de l'héritier conçu mais non encore né. Nomination d'un curateur *ventri et bonis* (6).

3° *B. p. decretalis ex Carboniano edicto.* — Lorsqu'il s'agit d'un impubère dont la filiation est contestée et qui aurait droit, s'il était vraiment fils du défunt, à la *b. p. contra tabulas* ou *unde liberi*, le Préteur, après enquête et moyennant caution, lui accorde cette *b. p.* jusqu'à sa puberté, pourvu que sa prétention ne soit pas manifestement fausse et qu'il ait intérêt à faire retarder le procès jusqu'à l'époque de sa puberté (7).

Toutes ces *b. p.* impliquent l'idée d'une obligation éventuelle de restituer. Conséquences (8). Dans les cas suivants au contraire, la *b. p.* est définitive.

§ 2. — Cas où un individu qui est certainement appelé, ne peut désigner la *b. p.* à laquelle il a droit. Ex. : le *de*

(2) L. 1, § 7, D., *De successorio edicto*, 38. 9. — J., III, 9, §§ 6, 7. — L. 3, §§ 14, 15, 16, D., *De Carbon. edicto*, 37, 10. — L. 2, §§ 1 et 2, D., *Quis ordo*, 38, 15. — (4) L. 1, § 7, D., *De successorio edicto*, 38, 9. — (5) L. 1, D., *De b. p. furioso*, 37, 3. — L. 2, § 11, D., *Ad snc. Tertull.*, 38, 17. — (6) D., *De ventre in poss. mittendo*, 37, 9. — C. civ., art. 393. — (7) L. 3, § 4, § 5, L. 5, § 3, D., *De b. p. ex. Carbon. edicto*, 37, 10. — L. 1, § 14, D., *De ventre in poss. mittendo*, 37, 9. — (8) L. 1, D., *De b. p. furioso*, 37, 3. — L. 3, § 13, D., *De Carbon edicto*, 37. 10. — L. 20, D., *De inof. test.*, 5, 2.

Digitized by Google

cujus institue son fils émancipé et laisse sa femme enceinte d'un posthume non institué ni exhérédé. Selon que cet enfant naîtra vivant ou non, l'émancipé aura droit à la *b. p. contra tabulas,* ou à la *b. p. secundum tabulas.* On lui donne une *b. p. decretalis* (9).

§ 3. — Cas dans lesquels la lettre de l'édit ne donne pas de *b. p.* à un individu, bien qu'il soit pourtant équitable de lui en accorder une. Exemples (10).

CHAPITRE VI

DES BONORUM POSSESSIONES SOUS JUSTINIEN

Justinien introduit la dévolution dans l'ordre des agnats *(b. p. unde legitimi)* (11). Quid dans l'ordre des descendants *(b. p. unde liberi)* (12) ? Controverse. L'interdit *quorum bonorum* ne réussit plus contre l'*heres,* en cas de *b. p. sine re* (13). On peut donc dire que la *b. p. sine re* est sans effet sous Justinien.

APPENDICE

De la collatio bonorum du droit prétorien. (D., *De collatione bonorum,* 37, 6.— C., *De collationibus,* 6, 20.)

La *collatio bonorum* du droit prétorien avait lieu dans deux cas :

a) Collatio, c'est-à-dire rapport de tous leurs biens, imposé aux enfants *sortis de la patria potestas* et appelés à la *b. p. unde liberi* ou *contra tabulas* en concours avec les enfants restés en puissance, et au profit exclusif de ces derniers. Il repose sur cette idée équitable que, si le préteur veut bien considérer ces enfants comme étant encore sous la puissance de leur père et les appeler à la succession, il est juste que tout se passe comme s'ils étaient en effet restés sous cette puissance. Dans ce cas, les biens

(9) L. 84, D., *De adq. vel. om. hered.*, 29, 2. — (10) L. 14, § 1, D., *De bon. p. cont. tab.*, 37, 4. — (11) J., III, 2, § 7. — (12) L. 5, C., *Unde liberi*, 6, 14. — (13) G., IV, § 144 comparé à J., IV, 15, § 3.

Digitized by Google

par eux acquis l'auraient été au profit du *paterfamilias* et feraient partie de la succession, comme les acquisitions faites par les enfants réellement restés en puissance. Lorsque l'émancipé vient concourir avec ses propres enfants restés sous la puissance de l'aïeul, il leur rapporte (à eux seuls) tous ses biens. (Édit *de conjungendis cum emancipato liberis ejus*) (1).

b) Collatio imposée aux enfants *restés en puissance.* Nous ne trouvons à cette époque que la *collatio dotis.* En vertu d'un rescrit d'Antonnin (2), la fille non émancipée rapporte *à la succession* de son père la dot constituée en sa faveur. Les émancipés profitent de ce rapport aussi bien que les *sui*, puisqu'il est fait *à la succession* (3). Pour la *collatio bonorum* dans le dernier état du droit, renvoi plus bas, après la dot et les donations.

TROISIÈME ÉPOQUE

SUCCESSIONS DU DROIT IMPÉRIAL

CHAPITRE I.

SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

Les modifications, d'ailleurs peu nombreuses, que l'ancien droit a subies à l'époque impériale ont été exposées plus haut. (Cours de première année, résumé, première époque, titre 1, *successions testamentaires du droit civil.*)

CHAPITRE II

SUCCESSIONS AB INTESTAT

I. *Succession d'un ingénu.*

(1) L. 1, D., *De conjungendis*, 37, 8. — (2) L. 9, D., *De dotis coll.*, 37, 7. — (3) L. 4, C., h. t.

Digitized by Google

Section I. — *Modifications dans l'ordre des héritiers siens.* — Les petits-enfants par les filles sont appelés à la succession de leur aïeul maternel, d'abord pour partie (1), puis pour toute la part qu'aurait eue leur mère (2). La personne adoptée par un autre qu'un ascendant conserve ses droits dans sa famille naturelle (3).

Section II. — Modifications dans l'ordre des agnats. — Abolition de l'exclusion des femmes dans cet ordre (4). Les frères et sœurs émancipés conservent leurs droits d'agnation, d'abord pour partie (5), puis pour le tout ; leurs enfants ont les mêmes droits (6). Les frères et sœurs utérins et leurs enfants sont appelés comme s'ils étaient agnats (7). La dévolution de degré en degré est admise (7 *bis*).

Du Snc. Tertullien. — La mère (jouissant du *jus liberorum*) est appelée de préférence aux agnats, mais elle est primée par certaines personnes (notamment par les descendants). Sous Justinien, la mère prime tous les collatéraux, sauf les frères et sœurs avec lesquels elle partage (8).

Du Snc. Orphitien. — Les enfants sont appelés à la succession de leur mère légitime ou naturelle (9) ; puis les petits-enfants, etc. (10).

Remarque. — La *minima cap. dim.* n'altère pas les droits de succession établis par les constitutions impériales (11). En outre, les successions testamentaires, déférées à un descendant, passent à ses héritiers, même s'il meurt avant d'avoir fait adition (12). — Sous Justinien, les héritiers d'un successible peuvent toujours accepter l'hérédité dévolue à leur auteur décédé sans avoir fait adition, pourvu qu'il ne se soit pas encore écoulé un an depuis le jour où cet auteur a connu sa vocation (13).

II. *Succession d'un affranchi.*

(1) L. 9, C., *De suis et legit.*, 6, 55. — J., III, 1, §§ 15 et 16. — (2) L. 12, C., *De suis et leg.*, 6, 55. — N. 18, cap. 4. — (3) J., III, 1, § 14. — (4) J., III, 2, § 5, 1er alinéa. — (5) Theoph. III, 5, § 1. — (6) L. 15, §§ 1 et 3, C., *De leg. her.*, 6, 58. — (7) L. 15, § 2, C., *eod.* — (7 *bis*) J., III, 2, § 7, 2e alinéa. — (8) J., III, 3, §§ 1, 2, 3, 4, 5. — U., 26, § 8. — L. 1, L. 7, C. Th., *De leg. hered.*, 5, 1. — L. 1, L. 2, C., *De jure liberorum*, 8, 59. — (9) J., III, 4. — U., 26, § 7. — (10) L. 9, C., *De suis et leg. liber.*, 6, 55. — L. 4, § 2, C. Th., *De leg. hered.*, 5, 1. — (11) J., III, 4, § 2. — (12) L. *unica*, C., *De his qui ante apertas tabulas*, 6, 52. — (13) L. 19, C., *De jure deliberandi*, 6, 30. — La règle : « *hereditas nundum adita non transmittitur* » est entièrement abrogée en droit français. Voy. C. civ., art. 781, 782.

Digitized by Google

1° Affranchi citoyen romain. — Loi Pappia Poppea (14). — Réformes de Justinien (15).

2° Affranchi Latin-Junien. — Son patrimoine revient à son patron « *jure peculii* » et non pas « *jure successionis* ». Snc. Largien ; édit de Trajan (16).

3° Affranchis déditices. Ils ne pouvaient tester, et leur succession était réglée comme celle des affranchis citoyens romains, ou comme celle des Latins-Juniens, selon qu'ils eussent été citoyens ou Latins, abstraction faite du vice qui les a rendus déditices (17).

III. Succession d'un fils de famille.

a) Pécule adventice (18). 1° Descendants. 2° Frères et sœurs. 3° Ascendants les plus proches, sauf que le *pat. fam.* conserve toujours l'usufruit qu'il avait déjà.

b) Pécule *castrans* et *quasi castrans*. Ici un testament est possible (19). A défaut de testament, la succession est déférée : 1° aux descendants ; 2° aux frères et sœurs ; 3° aux ascendants, qui recueillent « *jure communi* » sous Justinien, c'est-à-dire, selon nous, *jure successionis*, et non plus comme autrefois « *jure peculii* »

QUATRIÈME ÉPOQUE

SYSTÈME DES NOVELLES 118 (544 après J-C.) ET 127. (548 après J-C.).

Généralités. — Justinien refond entièrement les règles de la succession *ab intestat*. Il la règle selon l'affection présumée du défunt, sans considérer le sexe, ni la *patria potestas*, en tenant compte seulement du lien du sang, qu'il soit établi par les *mâles* (agnation), ou par les femmes. La représentation, et par suite le partage par

(14) J., III, 7, § 2. — G., III, §§ 42 à 55. — U., 29, §§ 5, 6, 7. — (15) J., III, 7, § 3. — L. 4, C., *De bonis libertorum*, 6, 4. — (16) J., III, 7, § 4. — G., III, §§ 56 à 74. — (17) G., III, §§ 74 à 77. — (18) L. 3, L. 4, L. 6, § 1, C., *De bonis quæ liberi*, 6, 61. — L. 7, § 1, C., *Ad suc. Tertul.*, 6, 56. — (19) J., II, 12, pr.

Digitized by Google

suite le partage par souche, sont admis au profit des descendants à l'infini et au profit des enfants (au premier degré) des frères et des sœurs du défunt. — Quatre ordres d'héritiers indiqués par les vers suivants :

Descendens omnis succedit in ordine primo ;
Ascendens propior, germanus, filius ejus ;
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus ;
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

1er ORDRE : *Les descendants.* — Ils excluent tous les autres héritiers. Ils succèdent par souche ; dans chaque souche, le plus proche exclut le plus éloigné. Si le *de cujus* était *in patria potestate*, son *pat. fam.* conserve l'usufruit qu'il avait sur les biens adventices de ce *de cujus.* — Si l'héritier est *fil. fam.* son *paterfam.* a l'usufruit des biens recueillis.

2e ORDRE : *Les ascendants, les frères et sœurs germains (et leurs enfants au premier degré dans certains cas).*

1re hypothèse : Il n'y a que des ascendants. Alors les plus proches excluent toujours les plus éloignés. — S'il n'y en a que dans une ligne, ils partagent par têtes. S'il y a des ascendants au même degré dans les deux lignes, partage entre les deux lignes, puis dans chaque ligne partage par tête. Différences entre cette *fente* et celle du droit français. Si l'un de ces ascendants avait la *pat. pot.* sur le défunt et par conséquent l'usufruit de ses biens (pécule) adventices, il le garde.

2e hypothèse. — Il y a des ascendants et des frères et sœurs germains. — Les ascendants les plus proches concourent avec les frères et sœurs et partagent par têtes. — Si quelques-uns des frères et sœurs germains sont décédés, leurs enfants *au premier degré* prennent leur place (représentation), en vertu de la Novelle 127, cap. 1. — L'ascendant qui avait l'usufruit des biens adventices du défunt, le perd.

3e hypothèse. — Il y a des ascendants et des enfants de frères et sœurs germains. — La succession est réglée comme s'il n'y avait que des ascendants. (Voyez 1re hypothèse).

Digitized by Google

4e hypothèse. — Il y a des frères ou sœurs germains, et des enfants de frères ou sœurs germains prédécédés. Ils excluent tous les autres collatéraux, même les frères et sœurs d'un seul côté. Représentation et partage par souche.

5e hypothèse. — Il n'y a que des *enfants* de frères et sœurs germains. Même solution.

3e ORDRE : *Les frères et sœurs d'un seul côté (consanguins ou utérins) et leurs enfants (au premier degré).* Ils excluent tous les autres collatéraux même également proches ; par suite le fils du frère consanguin du défunt exclut l'oncle du défunt (1). La représentation est admise selon nous (2), et par suite, le partage se fait par souche.

4e ORDRE : *Les autres collatéraux.* Le plus proche exclut le plus éloigné. A degré égal, partage par tête ; jamais de représentation. Il est probable que le droit de succession ne s'étend pas au delà des limites de la *b. p. unde cognati,* c'est-à-dire jusqu'aux parents du sixième degré inclusivement, plus les petits-enfants des cousins germains du défunt, parents au septième degré (3).

REMARQUES. — *Quid* si celui à qui la succession est déférée la répudie ? — Il y a lieu à accroissement au profit de ceux qui étaient appelés avec lui. S'il est seul, dévolution de degré en degré aux parents plus éloignés jusqu'à épuisement de l'ordre tout entier, puis dévolution à l'ordre subséquent, etc. — La *b. p. unde vir et uxor* est conservée. — La tutelle légitime des agnats est remplacée par celle des ascendants et des collatéraux (4). — La Novelle ne s'applique point aux successions testamentaires.

Droits des enfants naturels (liberi naturales) *et de la concubine, sous Justinien.*

1re Hypothèse. Le *de cujus* meurt testat. — S'il laisse des descendants légitimes, il ne peut donner à ses enfants naturels et à leur mère, en tout, qu'un douzième ; à la

(1) *Contra* Accarias, t. II, n° 469 *in fine.* — La solution donnée au texte nous paraît résulter de l'ensemble du Chapitre III, Novelle 118, et particulièrement du § 1, *initio : Si vero neque fratres, neque filios fratrum,* etc. — (2) Argument des expressions dont se sert Justinien (Nov. 118, cap. III, pr.) en expliquant que le frère germain exclut les enfants du frère utérin ou consanguin : *hujus filios ab hereditate excludimus, sicut ipse si viveret ab hereditate excludebatur.* — (3) J., III, 3, § 5. — (4) N. 118, cap 5.

Digitized by Google

concubine seule, qu'un vingt-quatrième de ses biens. — S'il ne laisse pas de descendants légitimes, il peut donner à ces personnes autant qu'à un étranger (5). Mêmes solutions pour le grand-père naturel (6).

2° Hypothèse : le *de cujus* meurt intestat. — S'il laisse des descendants légitimes ou une femme légitime, les enfants naturels n'ont droit qu'à des aliments. Dans le cas contraire, ils prennent un sixième de la succession et le partagent par têtes avec leur mère (7).

De la collatio bonorum (rapport) sous le droit impérial.

L'ancienne *collatio bonorum* du préteur est réduite à rien depuis que les enfants en puissance peuvent acquérir pour eux-mêmes (pécule adventice). — Une autre idée se fait jour ; on veut rétablir, entre les descendants du *de cujus*, l'égalité qui a pu être rompue par des libéralités entre-vifs. — Cette idée reçut son application pour la première fois à propos de la dot profectice (constituée par le *pat. fam.* au profit de sa fille). Toute la théorie du rapport dans le droit de Justinien découle de là. (Renvoi plus bas, *appendice sur la dot :* de la *collatio dotis* et du rapport sous Justinien).

APPENDICE

AUTRES MODES D'ACQUISITION PER UNIVERSITATEM.

I. — ADDICTION POUR LE MAINTIEN DES AFFRANCHISSEMENTS. (J., III, 11. — D., *de manumissis testamento*, 40, 4. — C., *De testamentaria manumissione*, 7, 2.)

L'addiction.... etc, est l'attribution d'une succession vacante à l'un des esclaves affranchis par le testament, ou même à un tiers, à charge de maintenir les affranchissements, et de garantir aux créanciers le paiement des dettes héréditaires.

Développement de ces conditions. — Effets de *l'addictio.* — Réformes de Justinien (1).

(5) N. 89, cap. 12, §§ 2 et 3. — (6) L. 12, C., *De naturalibus liberis*, 5, 5. — (7) N., 89, cap. 12, §§ 4 et 6.

(1) Théoph. sur J., § 1, h. t. — L. 3, L. 15, C., h. t. — L. 32, L. 15, L. 4, L. 3, L. 50, D., h. t. — L. 4, §§ 8, 9, 10, D., *De fideicom. lib.*, 40, 5.

Digitized by Google

II. — De la cession in jure d'une hérédité (2) (Renvoi plus bas, vente d'une hérédité).

III. — De la succession en cas d'adrogation et de conventio in manu.

1° De l'actif. — *a*) Epoque classique. Tous les droits de l'adrogé passent à l'adrogeant, à l'exception de ceux qui s'éteignent par la *minima capitis diminutio*, et des *judicia legitima* déjà intentés (3). — *b)* Epoque de Justinien. L'adrogeant n'acquiert plus que l'usufruit des biens de l'adrogé. Les droits ne s'éteignent plus par la *cap. dim.*

2° Du passif. — *a)* Epoque classique. L'adrogé reste tenu personnellement de ses dettes nées d'un délit; l'adrogeant en est aussi tenu, sauf la faculté de *l'abandon noxal* (4). Les dettes nées ex *contractu* ou *quasi ex contractu* s'éteignent, mais les débiteurs accessoires restent tenus (5). Malgré la garantie de l'enquête qui précède l'adrogation, cette solution devait néanmoins être réformée par le préteur, qui donna aux créanciers contre l'adrogé une action *utile fictice* (6), par laquelle l'adrogation était réputée n'avoir pas eu lieu (*rescissa cap. dim.*). Les créanciers pouvaient donc faire vendre les biens de l'adrogé, à moins que l'adrogeant ne prît sa défense (7), et par conséquent ne consentît à être condamné à sa place. En outre, les créanciers avaient contre l'adrogeant l'action prétorienne *de peculio*, jusqu'à concurrence des biens de l'adrogé (8), biens qui vraisemblablement étaient considérés comme un pécule. Le paiement des dettes d'une succession antérieurement recueillie par l'adrogé pouvait être *ipso jure* poursuivi sur le patrimoine entier de l'adrogeant, que l'on considérait ainsi comme étant personnellement héritier de cette succession, et l'adrogé n'en était plus tenu (8 *bis*). — *b*) Sous Justinien, mêmes solutions, sauf que l'action *de peculio* ne pourra plus porter que sur l'usufruit des biens de l'adrogé, puisque l'adrogeant n'acquiert que l'usufruit de ces biens dont

(2) G., II, §§ 34 à 37 et III, §§ 85 à 87. — U., 19, §§ 11 à 14. — (3) J., III, 10, pr. — G., III, §§ 82, 83. — (4) G., IV, § 77. — L. 2, § 3, D., *De capite minutis*, 4, 5. — (5) L. 2, § 2, D., *eod.* — L. 19, D., *De duobus reis*, 45, 2. — L. 20, C., *De fidejussor.*, 8, 41. — L. 95, § 1, D., *De solut*, 46, 3. — L. 2, § 1, D., *De cap. min.*, 4, 5. — (7) G., III, § 84 et IV, § 38. — (8) L. 42, D., *De peculio*, 15, 1. — (8 *bis*) G., III, § 84.

Digitized by Google

la nue-propriété reste à l'adrogé. La règle spéciale aux successions paraît abrogée (8 *ter*).

IV. — SUCCESSION QUI SE PRODUIT QUAND UNE PERSONNE DEVIENT ESCLAVE.

L'actif devient la propriété du maître ; pour le passif, solutions analogues à celles données dans le cas d'adrogagation, sauf que l'esclave ne peut être poursuivi personnellement; actions utiles données contre le maître; s'il ne veut pas y défendre, *venditio bonorum* des biens du débiteur.

En cas de condamnation entraînant *max. cap. dim.*, il y a confiscation.

V. — DE LA CONFISCATION.

C'est l'attribution au fisc de biens des particuliers.

A) Cas d'application. — 1° Indignité (D., *de his quæ ut indignis auferuntur*, 34, 9). Divers cas (1). — 2° Les condamnations (D., *De bonis damnatorum*, 48, 20) portant la peine de mort, et toutes celles qui entraînent *maxima* ou *media cap. dim.*, emportent de plein droit la confiscation, qui est totale, sauf le *pecule castrans* du *f. f.* qui est attribué au *pat. fam.*, et la dot de la femme condamnée, dont le sort est réglé en général comme dans le cas où la femme meurt *in matrimonio* (2). Dans d'autres cas, (relégation ou exil perpétuel) le juge *peut* prononcer la confiscation totale ou partielle (3).

B) Moment ou la confiscation est encourue. — Ce moment est celui où la condamnation est devenue irrévocable; la confiscation est encourue, même avant toute condamnation, en cas de suicide pour échapper à une condamnation certaine, et même en cas de mort naturelle, s'il s'agit de haute trahison (*perduellio*), et si la culpabilité est démontrée *post mortem* (procès à la mémoire) (4).

(8 *ter*) J., III, 10, pr., comparé à G., III, § 84.

(1) L. 9, D., *De Snc. Silaniano*, 29, 5. — U., 25, § 17. — L. 10, pr., § 1. — L. 18, § 1, D., h. t. — L. 13, pr., §§ 1 et 2, L. 14, D., *De jure fisci*, 49 14. — L. 14, D., h. t. — Suétone, *Domit.*, 8. — L. *Unica*, C., *De cad. tol.*, 6, 51. — (2) L. 3, C., *De bonis prescriptorum*, 9, 49. — L. 3, L. 5, pr., § 1, D., h. t. — (3) L. 4, L. 14, § 1 D., *De interdictis et relegatis*, 48, 22. — (4) L. 2, § 2, D., *De pænis*, 48, 19. — L. 11, D., h. t. — L. 3, pr., §§ 1, 3, 4, 6, 8, D., *De bonis eorum*, 48, 21. — L. 11, D., *Ad leg. Jul. maj.*, 48, 4.

Digitized by Google

C) Effets de la confiscation. — 1° Dans le passé ; annulation des actes à titre gratuit ou frauduleux accomplis depuis le crime (5). — 2° Dans le présent. — *a)* L'actif passe au fisc, sauf la moitié attribuée aux enfants appelés par la *b. p. unde liberi* (6). Sous Justinien, les descendants, les ascendants, et même probablement les collatéraux jusqu'au troisième degré excluent le fisc (7). — *b)* Passif. Le fisc paie les dettes *intra vires* ; les créanciers ont d'ailleurs le droit de faire vendre les biens si le débiteur est insolvable (8). — 3° Dans l'avenir : les biens acquis par le condamné (dans l'hypothèse où il n'a pas subi *maxima cap. dim.*) peuvent, à sa mort, être réclamés par le fisc (9).

VI. — De la sectio bonorum et de la venditio bonorum. (Renvoi à la procédure d'exécution).

VII. — Des successions vacantes (bona vacantia). (C., *De bonis vacantibus*, 10, 10).

Historique. — En cas de vacance de l'hérédité, il y eût lieu d'abord à l'*usucapio pro herede ;* autrement, vente à la requête des créanciers (1). La loi Julia attribua les successions vacantes à l'*ærarium,* plus tard elles passèrent au fisc (2).

A) A quelles conditions est subordonné le droit du fisc? — Le droit du fisc s'ouvre lorsqu'il est certain qu'aucun héritier ou *bonorum possessor* ne recueille l'hérédité. Le fisc alors a, pour faire valoir ses droits, un laps de quatre ans (3), pendant lequel nul ne peut acquérir des droits opposables au fisc (4), mais, après ce délai, il est déchu et ne saurait inquiéter les détenteurs (5).

B) Situation du fisc. — C'est un successeur aux biens qui paie les dettes *intra vires ;* il ne peut d'ailleurs empêcher les créanciers de faire vendre la succession, si elle est insolvable (6). S'il existe un testament, le fisc est tenu

(5) L. 11, § 1, D., h. t. — L. 15, D., *De donat.*, 39, 5. — (6) L. 1, §§ 1, 2, 3, L. 7, § 2, D., h. t. — L. 10, C., *De bonis proscript.*, 9, 49. — (7) N. 134. — (8) L. 1, § 1, D., *De jure fisci*, 49, 14. — (9) L. 115, pr., D., *De interd. et releg.*, 48, 22. — L. 2, C., *De bonis proscript.*, 9, 49.

(1) G., III, § 78. — (2) U., 28, § 7. — (3) L. 10, § 1, D., *De div. temp. præscript.*, 44, 4. — L. 1, § 3, D., *De jure fisci*, 49, 14. — (4) L. 1, § 1, D., *eod.* — J., II, 6, § 9.

Digitized by Google

de l'exécuter dans la mesure où un héritier serait obligé de le faire (7).

Remarque. — Parfois le fisc est primé par certaines personnes morales : curie, églises, monastères.

LIVRE III

DES DROITS DE CRÉANCE (OBLIGATIONS).

INTRODUCTION, NOTIONS GÉNÉRALES.

Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura (1). Cette définition ne comprend que les obligations civiles *(lato sensu)* c'est-à-dire les obligations civiles et prétoriennes : elle ne comprend pas les obligations naturelles. Distinction du droit réel et du droit de créance (Voyez Résumé, t. 1, p. 69 *in fine* et 70).

Éléments essentiels de toute obligation : — 1° *Sujets :* le créancier et le débiteur. — 2° *Objets :* c'est toujours un fait ou une abstention de la part du débiteur (2). Expressions employées comme synonymes d'obligation : *Nomen.* — *Creditum, debitum.* — *Jus ad rem.*

DIVISIONS DES OBLIGATIONS

1re division. — *Obligations* civiles *(lato sensu) et obligations* naturelles. L'obligation civile est un lien de droit sanctionné par une *action.* — L'obligation naturelle est un lien d'équité produisant en principe tous les effets de l'obligation civile, sauf le plus important : l'*action* (3).

2e division. — *Obligations* civiles *(stricto sensu) et obligations* prétoriennes, *ou plutôt* honoraires. — C'est

(1) J., III, 13, pr. — (2) L. 3, D., *De obl. et act.*, 44, 7. — L. 218, D., *De V. S.*, 50, 16. — (3) L. 10, D., *De oblig. et act.*, 44, 7. — L. 84, D., *De reg. juris*, 50, 17.

Digitized by Google

une subdivision des actions civiles *lato sensu*. Les premières sont sanctionnées par une action civile, les secondes n'ont été sanctionnées que par le préteur, principalement au moyen d'actions *fictices* ou *in factum* (4).

3e DIVISION. — Les obligations se divisent, au point de vue de leur source, en obligations *contractuelles, quasi-contractuelles, delictuelles* et *quasi-delictuelles* (5).

4°. AUTRES DIVISIONS. — Obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. — Obligations principales, obligations accessoires. — Obligations conjointes, obligations solidaires. — Obligations divisibles, obligations indivisibles, etc.

TITRE I

Sources des obligations

CHAPITRE I

PREMIÈRE SOURCE : LES CONTRATS.

SECTION I. — GÉNÉRALITÉS

§ 1. — Le mot *convention*, ou *pacte*, qu'il ne faut pas confondre avec *contrat*, signifie, dans son acception la plus étendue, *duorum vel plurium in unum placitum consensus* (1). Dans un sens moins étendu, ces mots signifient toute convention autre qu'un contrat. Le contrat est donc une convention d'une nature particulière (Renvoi plus bas, § 4). Ne pas confondre la convention avec l'écrit probatoire.

(4) J., III, 13, § 1. — (5) G., III, § 88. — L. 1, pr., D., *De obl. et act.*, 44, 7.
(1) L. 3, pr., D., *De pollicitationibus*, 50, 12.

Digitized by Google

§ 2. — Éléments des conventions. — Éléments essentiels, naturels, accidentels. — Les éléments essentiels à toute convention sont : le *consentement*, la *capacité*, l'*objet*, la *cause*.

a) Consentement. Il différencie la convention de la simple *offre (pollicitatio)* (2), qui n'est pas obligatoire, sauf trois exceptions (3). — Le consentement peut être vicié ; en droit civil il n'en est pas moins valable, mais le droit prétorien fournit plusieurs remèdes.

b) Capacité des parties. Renvoi plus bas : des personnes en matière d'obligations ; voyez aussi Résumé, t. 1, p. 61, 63, 65.

c) Objet. L'objet d'une convention est ce à quoi chaque partie a consenti.

d) Cause. La cause d'une convention est le motif *immédiat* qui a déterminé le consentement de chaque partie ; c'est la réponse à la question : pourquoi a-t-on consenti ? Distinction de la cause et des motifs *médiats*.

Dans toute convention à titre onéreux, la *cause* de la convention pour l'une des parties est l'*objet* de la convention pour l'autre partie. Exemples.

En droit romain, le mot *causa*, en matière d'obligations, a un tout autre sens. Il signifie : « ce qui rend la convention obligatoire » ; par exemple : des paroles solennelles.

§ 3. — Divers résultats que peut produire une convention en droit romain : créer, éteindre, modifier un *droit de créance*, mais non en principe créer ou transférer un droit réel. *Secùs* en droit français.

§ 4. — Division des conventions en *contrats* et simples *pactes*. — Quels sont l'origine et le *criterium* de cette distinction ? Dans le droit romain ancien, il y avait contrat toutes les fois qu'une convention était accompagnée d'une « *causa civilis* ».

Il y avait originairement trois *causæ civiles* : 1° *Verba*, paroles *solennelles*, c'est-à-dire qui étaient consacrées par l'usage et qu'il fallait nécessairement prononcer pour rendre la convention obligatoire (contrats *verbis*). — 2° *Scrip-*

(2) Même texte. — (3) L. 1, §§ 1, 2, D., *eod.*

Digitized by Google

tura, écriture solennelle (sens analogue) sur certains registres (contrats *litteris*). — 3° *Res*. D'abord translation de la propriété d'une chose, puis simple remise d'une chose, plus tard il suffit de l'exécution par l'une des parties du fait convenu, pour rendre la convention obligatoire à l'égard de l'autre partie (contrats *réels*).

A défaut de *causa civilis*, la convention ne constitue qu'un simple *pacte* qui ne crée pas d'obligation civile, et n'engendre point d'action par laquelle une des parties puisse contraindre l'autre à l'exécution. Le *contrat*, au contraire, c'est-à-dire la convention munie d'une *causa civilis*, crée une obligation civile et produit une action.

Plus tard la distinction devint moins nette, car on admit que certaines conventions (*les contrats consensuels*) produiraient une action civile, bien qu'ils ne fussent accompagnés d'aucune des trois *causæ civiles*, et ce en vertu du seul consentement, qui dès lors, *dans ces cas là*, se trouve élevé à la hauteur d'une *causa civilis*. Enfin certains *pactes* furent munis d'actions par les prudents, le préteur ou les empereurs.

Cette distinction en *contrats* et simples pactes, peut se justifier, au point de vue philosophique, par la nécessité d'attirer l'attention des parties et de séparer nettement la période des pourparlers du moment précis de la conclusion définitive du contrat. Mais comment l'expliquer historiquement ?

Deux systèmes :

1° *Système*. — Tous les contrats découlent du *nexum*, acte par lequel le débiteur *se mancipait lui-même* à son créancier. C'était la manière primitive de s'obliger. Or, la mancipation contient trois éléments : la prononciation de paroles solennelles, la pesée de l'argent, la remise de la chose. — Peu à peu on considéra comme superflus deux de ces trois éléments, et l'on admit qu'un seul suffisait pour rendre la convention obligatoire, les paroles solennelles employées seules ont formé les contrats *verbis* ; de la remise de la chose découlent les contrats *réels* ; enfin de la pesée d'argent découlent les contrats *litteris*, l'écriture exprimant une pesée d'argent fictive.

Digitized by Google

2° *Système.* — Le contrat primitif du droit romain fut la *sponsio* (paroles solennelles). Etymologie : σπονδαι, libations (4) ; la parole *oblige* en vertu de la sanction religieuse. Quant au *nexum,* ce n'était pas un contrat spécial, une manière de s'obliger, c'était une garantie que le débiteur donnait à son créancier, il lui donnait en gage sa personne même, en se mancipant à lui fiduciairement (5).

Le contrat *litteris* ne créant point d'obligations nouvelles, mais servant seulement à modifier des obligations préexistantes (5 *bis*), peut être laissé de côté. (Voyez d'ailleurs plus bas le contrat *litteris*).

Contrats réels. — Le *mutuum* (prêt de consommation, habituellement prêt d'argent) était autrefois toujours accompagné d'une *sponsio* (contrat *verbis*), qui *seule* formait probablement le lien obligatoire (6) ; plus tard la nécessité de la *sponsio* disparut. — Le dépôt et le gage, d'abord faits par mancipation fiduciaire, c'est-à-dire avec clause de retransfert, prenaient aussi la forme du vieux contrat de *fiducie,* et étaient ainsi sanctionnés en vertu du principe posé par la loi des XII tables : *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto ;* ce qui signifie que les engagements pris dans une mancipation sont obligatoires.

Ces contrats, ainsi que le *commodat* (prêt à usage) furent ensuite sanctionnés par le préteur au moyen d'actions *in factum* (7). Dès lors il n'y avait plus qu'un pas à faire pour admettre qu'ils produisaient même une obligation *civile ;* ce progrès fut accompli, et les prudents, dès l'époque de Gaius, reconnaissaient qu'outre l'action prétorienne *in factum,* ces contrats étaient sanctionnés par une action civile, *in jus* (8). Ils cherchèrent alors, suivant leur habitude à baser cette solution sur l'existence d'une *causa civilis.* Ils trouvèrent cette cause efficiente dans la *res,* c'est-à-dire dans la remise d'une chose, remise qui caractérise ces contrats. Puis, en développant toujours la même idée, on admit que la *res* pourrait consister non seulement dans la remise d'une chose, mais encore dans *l'exécution*

(4) G., III, § 193. — (5) Varron, *De lingua latina,* XI, 5. — (5 *bis*) G., III, § 128. — (6) L. 126, § 2, D., *De V. O.,* 45, 1. — L. 6, L. 7, D., *De novat.,* 46, 2. — (7) G., IV, §§ 47, 60. — (8) Mêmes textes.

Digitized by Google

d'un fait accompli par une partie au profit de l'autre, et qu'il y aurait dans tous ces cas un contrat réel. (Voyez plus bas, contrats réels innommés).

Contrats consensuels. — Dans les deux systèmes, on s'accorde pour reconnaître que primitivement les Romains, pour conclure ces contrats, se servaient de *stipulations* (8 *bis*). Entre pérégrins, ces contrats, les plus usités dans le commerce (vente, louage, société, mandat), se formaient, selon l'usage grec, par le simple consentement. Par suite de leur fréquence, de leur utilité et de la nécessité de pouvoir les conclure entre absents, la jurisprudence du préteur pérégrin à l'égard des contrats entre étrangers fut appliquée par le préteur urbain à ceux conclus entre citoyens ; ils passèrent ainsi du *jus gentium* dans le *jus civile* (8 *ter*), et l'on se dispensa ainsi des stipulations qui avaient l'inconvénient de ne pouvoir être faites qu'entre parties présentes.

Comme l'on voulait à toute force trouver une *causa civilis*, on fut bien obligé de la voir ici dans le consentement qui fut ainsi, exceptionnellement, considéré comme la *causa civilis* des contrats consensuels.

Dès lors on doit définir le contrat : *une convention qui créait des obligations civiles et engendrait une action civile à l'époque où la terminologie romaine s'est fixée.* — Plus tard d'autres conventions furent munies d'action et auraient dû être rangées parmi les *contrats*, mais la liste était close, la terminologie définitivement arrêtée. On continua donc à les appeler des *pactes*.

§ 5. — Divisions des contrats.

1° Contrats qui se forment : *re*, — *verbis*, — *litteris*, — *solo consensu*.

2° Contrats *synallagmatiques*, c'est-à-dire engendrant des obligations pour chacune des parties ; — contrats *unilatéraux*, c'est-à-dire n'en créant que pour une seule.

3° Contrats de droit strict, — de bonne foi. Les contrats

(8 *bis*) Voyez notamment les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, *Cours de 1re année*, p. 184, note 8. — (8 *ter*) Arg., L. 7, pr., § 1, D., *De pactis*, 2, 14.

Digitized by Google

unilatéraux (le *mutuum*, les contrats *verbis* et les contrats *litteris*) sont de droit strict. Les contrats synallagmatiques sont de bonne foi. La différence principale entre ces deux espèces de contrats consiste dans la nature de *l'action* (de droit strict ou de bonne foi) qui en découle. Dans l'action de droit strict, le juge n'a à examiner en principe qu'une question simple : le défendeur est-il oui ou non tenu ; dans les actions de bonne foi, il a en outre le pouvoir de rechercher si le demandeur lui-même a bien exécuté les obligations qui résultaient, à sa charge, du caractère synallagmatique du contrat, et si par conséquent ce demandeur est en droit d'exiger du défendeur l'accomplissement *intégral* des obligations de ce dernier. De là un pouvoir d'appréciation plus large.

4° Contrats *à titre onéreux*, lorsque chaque partie doit recevoir l'équivalent de la prestation qu'elle fait, ou à laquelle elle s'oblige ; — *à titre gratuit* dans le cas contraire.

Subdivision des contrats *à titre onéreux* en : *commutatifs*, lorsqu'il est possible à chaque partie de se rendre compte, au moins approximativement, au moment du contrat, de son gain ou de sa perte éventuelle ; — contrats *aléatoires*, dans le cas contraire.

§ 6. — Division des *simples pactes*. 1° *Pacta nuda* (9). 2° *Pacta vestita*. Les *pacta nuda* n'engendrent point d'actions, mais seulement des exceptions, c'est-à-dire des moyens de défense, ex. : pacte *de non petendo*, par lequel le créancier s'engage à ne point réclamer à son débiteur le paiement de sa dette : le débiteur n'a point d'action pour contraindre le créancier à éteindre l'obligation qui subsiste *jure civili ;* mais si le créancier le poursuit, il le fera débouter au moyen de l'exception *pacti conventi*. — Les *pacta vestita* sont ceux qui ont été revêtus d'action soit par les prudents, (ce sont les pactes adjoints à certains contrats, *pactes civils*), soit par le préteur *(pactes prétoriens)*, soit par des constitutions impériales *(pactes légitimes)*.

(9) L. 7, § 4, D., *De pactis*, 2, 14.

Digitized by Google

SECTION II. — *Des contrats qui se formaient verbis.* (J., III, 15. — G., III, §§ 92 et s. — D., *De verborum obligationibus*, 45, 1.)

GÉNÉRALITÉS. — Les contrats *verbis* sont ceux dans lesquels la *causa civilis* consiste dans des paroles solennelles, ou plutôt ces contrats *constituent la forme verbale destinée à rendre obligatoire toute espèce de convention*, et par suite à en faire un contrat.

Il y avait trois contrats *verbis* (c'est-à-dire *trois formes verbales*,.. etc.), deux spéciaux à certaines conventions, le troisième s'appliquant à toutes les conventions.

1° *Jurata promissio liberti* (1). — C'était la promesse par serment, faite par l'esclave affranchi qui s'engageait à accomplir certaines *operæ* au profit de son maître.

2° *Dictio dotis* (2). — Promesse de constituer une dot. Ces deux formes, dans lesquelles le débiteur parlait seul, ou tout au moins parlait le premier, ont disparu sous Justinien.

3° *Stipulatio*. Développons cette troisième forme.

§ 1. — *De la stipulation.* — Cette forme de contracter consiste en une interrogation solennelle faite par le créancier et en une réponse *congruente* faite par le débiteur (3). — *Stipulator* (créancier) ; *promissor* (débiteur). Étymologie (4).

L'interrogation et la réponse devaient être : 1° *Solennelles*. — D'abord on ne se servit que du verbe *spondeo* (qui resta toujours réservé aux engagements entre citoyens), puis on admit d'autres expressions que les pérégrins purent employer, puis il fut permis de stipuler en d'autres langues que le latin, enfin suppression de toute forme solennelle, sauf la nécessité d'une interrogation et d'une réponse (5). — 2° *Concomitantes*, c'est-à-dire non sépa-

(1) Voyez Gaius, *Epitome*, dans le Bréviaire d'Alaric. Giraud, *Enchyr.*, p. 226. — L. 44, D., *De liberali causa*, 40, 12. — L. 7, pr., et §§ 1 à 4, D., *De op. lib.*, 38, 1. — (2) Giraud, *Enchyr.*, p. 226. — U., 6, §§ 1, 2. — V., §§ 99 et 100. — Térence, *Andria*, V, 4, vers 47, 48. — L. 25, L. 44, § 1, L. 46, § 1, L. 59, pr., D., *De jure dotium*, 23, 3. — L. 6, C., *De dotis promissione*, 5, 11. — (3) P., II, 3. — J., pr., h. t. — G., III, § 92. — (4) J., *eod.* — P., IV, 7, § 1. — Isidore de Séville, *Origines*, V, 24. — *Festus*, V. — Varron, *De lingua latina*, IV, 36. — Molière, *Dépit amoureux*, IV, 4, vers 28 et s. — (5) G., III, §§ 92 à 94. — L. 1, § 6, D., h. t. — L. 10, C., *De cont. stip.*, 8, 38.

Digitized by Google

rées par un intervalle de temps notable (6). — 3° *Congruentes*, c'est-à-dire que la réponse doit-être conforme à la demande. Cette *congruence* doit exister : *a*) en la forme ; primitivement le débitear devait employer le même verbe que le créancier ; ex. : *spondes-ne* ...? — *spondeo* (7). — *b*) quant au fond ; renvoi à l'étude du consentement. — 4° L'interrogation et la réponse devaient encore être faites *entre présents* (8).

§ 2. — *Obligation et action qui naissaient de la stipulation ;* nature *juridique des contrats formés par stipulation.* — L'obligation est *unilatérale*, l'action est la *condictio certi*, ou la *condictio incerti* (appelée souvent *actio ex stipulatu*) (9), suivant que l'objet promis est un *certum* ou un *incertum*. La *cause* de l'obligation reste dans l'ombre, mais si l'obligation est réellement sans cause, (ex. : le créancier stipule par avance le remboursement d'une somme qu'il doit prêter au débiteur, et qu'en fait il ne lui verse pas), le préteur donne au débiteur l'exception de dol ; le droit impérial alla plus loin et donna au débiteur l'exception *non numeratæ pecuniæ* qui rejette sur le créancier la nécessité de prouver la *cause* de l'obligation, lorsqu'il s'agit de dette d'argent ou de choses fongibles (10).

La stipulation est plutôt une manière de contracter qu'un contrat spécial. Toute *convention* revêtue des formes de la stipulation devient un *contrat*, et ce contrat est nécessairement *verbal*, — *unilatéral*, — *de droit strict*. — Dans les stipulations, on finit par se préoccuper essentiellement de l'intention des parties, pourvu toutefois qu'on pût faire ressortir cette intention des paroles employées (11). D'un autre côté les stipulations peuvent recouvrir toute espèce de contrat. Il convient donc d'étudier à propos des stipulations le *consentement* et l'*objet*. (J., *De inutilibus stipulationibus*, III, 19.)

(6) L. 12, pr., D., *De duobus reis*, 45, 2. — L. 1, § 1, D., h. t. — (7) Comp. L. 1, § 2, D., h. t. — (8) J., III, 19, § 12. — L. 1, pr., D., h. t. — L. 14, C., *De cont. stip.*, 8, 38. — (9) J., pr., h. t. — (10) L. 2, § 3, D., *De doli mali except.*, 44, 4. — J., § 2, h. t. — C., *De non num. pec.*, 4. 30. — L. 34, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 32, L. 41, pr., L. 94, L. 126, § 2, D., h. t.

Digitized by Google

§ 3. — Du *consentement*. — Des cas où le consentement fait défaut : absence de volonté ou d'intention sérieuse, — défaut de *congruence* quant au fond, entre l'interrogation et la réponse ; développement (12), — enfin erreur. En droit français l'erreur rend le contrat *inexistant* lorsqu'elle porte sur la nature du contrat ou sur son objet même ; elle est une cause *d'annulabilité* lorsqu'elle porte : 1° sur les qualités substantielles de l'objet ; 2° sur la personne, si la considération de la personne a déterminé la formation du contrat (13). En droit romain, malgré la généralité apparente des textes (14), il faut distinguer :

1° *Error essentialis*, portant sur la nature du contrat, ou sur la personne physique du contractant, ou bien encore *in ipso corpore rei* (15), enfin sur le prix, lorsque le promettant l'a cru moins élevé qu'il ne l'était réellement (16). Cette erreur annule radicalement le contrat.

2° *Error concomitans* ou *minus essentialis*, portant sur d'autres points et qui n'annule pas de plein droit le contrat. Exemples : erreur sur la matière dont est formé l'objet (17). Pourtant, dans ce cas et dans l'hypothèse d'une vente, Ulpien annulait radicalement le contrat (18). Paul n'admettait qu'une indemnité (19). — Cette dernière solution est applicable à l'erreur sur d'autres qualités de l'objet (20). L'erreur sur le motif laisse le contrat parfaitement valable (21) ; il en est de même de l'erreur sur la cause, mais dans ce dernier cas, s'il n'y a point de cause, la victime de l'erreur pourra opposer l'exception de dol, ou une exception *in factum*, voire même, le cas échéant, l'exception *non numeratæ pecuniæ* (22). — *Dans tous les cas* elle a la ressource de la *restitutio in integrum* que le préteur *peut* lui accorder, *cognita causa*, pour réparer les conséquences d'une erreur préjudiciable et excusable.

(12) L. 83, § 4, L. 1, §§ 3, 4, L. 12, D., h. t. — J., § 5, § 18, h. t. — (13) Art. 1110 et 1117, C. civ. — (14) L. 116, § 2, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 57, D., *De obl. et act.*, 44, 7. — (15) L. 18, pr., § 1, L. 32, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — J., § 23, h. t. — L. 83, § 1, L. 137, § 1, D., h. t. — L. 9, D., *De contr. empt.*, 18, 1. — (16) L. 52, D., *Locati*, 19, 2. — (17) L. 22, D., h. t. — (18) L. 9, § 2, L. 14, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (19) L. 21, § 2, D., *eod.* — (20) L. 10, D., *eod.* — (21) L. 65, § 2, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (22) J., IV, 13, § 1. — L. 2, § 5, D., *De doli mali except.*, 44, 4. — L. 177, D., *De reg. juris*, 50, 17.

Digitized by Google

Les cas d'application sont nombreux en matière de procédure (22 *bis*) ; mais, en dehors de la procédure, les textes ne citent que de rares exemples de restitution accordée pour cause d'erreur (22 *ter*).

Dans quels cas l'erreur est-elle excusable ?

a) Erreur de droit. En principe elle n'est pas excusable (23), surtout s'il s'agit de faire un gain (24), sauf pour les mineurs (25) ; s'il s'agit d'éviter une perte, l'erreur de droit est excusable chez certaines personnes (26).

b) Erreur de fait. Elle *peut* être excusable lorsqu'elle porte sur le fait d'autrui (27).

§ 3. — *Des vices du consentement.*

I. — *Du dol.* (D., *De dolo malo*, 4, 3. — C., *eod.*, 2, 21). — Le dol (*dolus malus*) consiste en des manœuvres employées pour tromper (1). Le dol produit une erreur qui, par hypothèse, est *minus essentialis*, et qui par suite *ne détruit pas* le consentement. Le dol n'annule pas, en principe, le contrat ; cependant il faut trouver un remède pour donner satisfaction à l'équité. Divers procédés employés par les Romains ; étendue de la réparation obtenue.

A) Procédés employés pour réparer le préjudice causé par le dol.

1° *Negotia stricti juris.* (Ex. : stipulation). — Le remède consistait en des stipulations par lesquelles les parties se promettaient l'une à l'autre de ne commettre aucun dol et s'engageaient à payer des dommages-intérêts, le cas échéant (2). — Puis, le préteur donna à la victime *l'exception de dol* pour repousser l'action de l'auteur du dol, dans le cas où le contrat n'avait pas été encore exécuté (3). —

(22 *bis*) Voy. les textes cités par Maynz, t. 1, § 160, note 32. — (22 *ter*) L. 1, §§ 1, 6, D., *Quod falso tutore*, 27, 6. — L. 1, § 17, D., *De separat.*, 46, 8. — (23) L. 9, pr., § 5, D., *De juris et facti ignor.*, 22, 6. — L. 12, C., *eod.*, 1, 18. — (24) L. 7, L. 8, D., *eod.* — (25) L. 7. § 6, D., *De minoribus*, 4, 4. — L. 11, C., *De juris et facti ignor.*, 1, 18. — (26) L. 8, L. 9, D., *eod.* — L. 8, C., *eod.* — L. 2, § 7, D., *De jure fisci*, 49, 14. — (27) L. 3, pr., L. 5, D., *De juris et facti ignor.*, 22, 6.

(1) L. 1, §§ 2, 3, D., h. t. — Festus, 5. — (2) Cicér., *De Officiis*, I, 10, et III, 15. — L. 121, pr., D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 19, § 1, D., *Judicatum solvi*, 46, 7. — L. 44, § 5, D., *Famil. ercis.*, 10, 2. — Orelli, *Inscriptions* 4374, 4390, 4391. 4821. — Minucius, *De orthographia*. — (3) G., IV, 116, 119. — J., IV, 13, pr. — D., *De doli mali except.*, 44, 4.

Digitized by Google

Enfin, pour le cas d'exécution déjà effectuée, il créa à le fin de la République *l'action de dol* (4).

Particularités de l'action de dol.—*a*) Elle est *arbitraire*, c'est-à-dire que le juge commence par déterminer, par un *arbitrium* ou *jussus*, les satisfactions que le défendeur doit équitablement fournir au demandeur pour être absous ; à défaut de satisfaction, condamnation pécuniaire équivalente (5). — *b*) La condamnation entraînait *l'infamie* (6). — *c*) L'action n'est possible que contre l'auteur du dol (7). — *d*) Elle ne dure qu'une année utile à partir de la découverte du dol ; plus tard deux, et peut-être quatre années continues (8). Après l'année, action *in factum*, mais seulement dans la mesure de l'enrichissement du défendeur (9). — *e*) Elle n'est possible que si aucune autre action n'est ouverte (9 *bis*). — *f*) Elle ne procède contre les héritiers de l'auteur du dol que dans la mesure de leur enrichissement (10).

2° *Contrats de bonne foi.* — Si le contrat n'est pas encore exécuté, la victime du dol n'a pas besoin ici de l'exception de dol pour se défendre contre l'action de son adversaire, auteur du dol, parce que cette exception est sous-entendue dans la formule des actions de bonne foi (*quidquid ob eam rem dare facereve opportet* EX BONA FIDE) (11). — Si le contrat dolosif a été exécuté, la victime a contre son cocontractant, auteur du dol, l'action même qui naît du contrat intervenu entre eux, à l'effet de faire réparer le préjudice (12). Donc l'action de dol n'est pas nécessaire ici, sauf le cas où le dol émane d'un tiers ; alors action de dol contre ce tiers (13). D'ailleurs l'action du contrat intervenu est plus utile, lorsqu'elle peut être intentée, c'est-à-dire lorsque c'est le cocontractant qui a commis le dol, car cette action passe contre les héritiers, même s'ils ne sont pas enrichis par l'acte ; *secùs* de l'action de dol (13 *bis*). Justinien se trompe donc lorsqu'il dit (J., IV,

(4) Cicér., *De natura Deorum*, III, 20 ; *De officiis* III, 14. — (5) L. 18, pr., §§ 1, 4, D., h. t. — (6) J., IV, 16, § 2. — L. 1, pr., D., *De his qui notantur*, 3, 2. — (7) Comp. C. civ., art. 1116. — (8) L. 8, C., h. t. — Comp L. ult. C., *De temp. in integ. restit.*, 2, 53. — (9) L. 28, L. 29, D., h. t. — (9 *bis*) L. 1, § 1, D., h. t. — (10) L. 26, L. 27, D., h. t. — (11) L. 84, § 5, D., *De legat.* 1°, 30. — (12) L. 9, pr., D., h. t. — L. 10, C., *De rescind. vend.*, 4, 44. — (13) L. 18, § 3, D., h. t. — (13 *bis*) Voy. ci-dessus, texte et note 10.

Digitized by Google

12, § 1) que si le *de cujus* a agi dolosivement, l'action *du contrat* ne passe point contre ses héritiers, s'ils ne sont point enrichis par le dol.

Remarque. — Outre l'action de dol, la victime peut encore invoquer la restitution *in integrum*, et doit même y avoir recours de préférence, à cause du caractère infamant de l'action de dol (14). Mais le préteur ne restitue guère les majeurs, pour cause de dol, que contre les jugements obtenus par dol (15).

B) Étendue de la réparation obtenue par la victime du dol, soit par l'action de dol, soit par l'action du contrat irtervenu.

S'il s'agit de *dolus dans causam contractui*, c'est-à-dire d'un dol qui a déterminé la partie à contracter, les choses doivent être remises dans l'état primitif (résolution du contrat). Si cela n'est pas possible, la partie lésée obtient une indemnité pécuniaire équivalente. — En cas de *dolus incidens* au contraire, c'est-à-dire de dol qui a rendu l'acte plus onéreux, par exemple qui a fait acheter plus cher, elle n'a droit qu'à une indemnité (16).

En cas de dol réciproque point d'action (17).

Remarque. — Le dol n'annule pas de plein droit le contrat, même si c'est un contrat de *b. f.*, car c'est l'action même de ce contrat que l'on emploie pour obtenir réparation. Explication des textes qui paraissent contraires à cette doctrine (18).

II. — De la violence, ou plutôt : de la crainte, *(metus)*. (D., *Quod metus causa*, 4, 2. — C., *De his quæ vi, metusve causa gesta sunt*, 2, 20.)

La *crainte* n'exclut pas le consentement (1) ; et, en droit civil, l'acte accompli par *crainte* est valable. Mais le préteur ouvrit des voies de recours à la victime de la violence.

(14) L. 7, § 1, D., *De in integr. restit.*, 4, 1. — (15) Arg. L. 38, D., h. t. — (16) L. 7, pr., D., h. t. — L. 11, § 5, L. 13, § 4, L. 32, D., *De act. empt.* 19, 1. — L. 12, § 1, D., *De jure dot.*, 23, 3. — (17) L. 154, pr., D., *De reg. juris*, 50, 17. — (18) L. 16, § 1, D., *De minor.*, 4, 4. — L. 3, § 3, D., *Pro socio*, 17, 2. — L. 1, L. 5, C., *De rescind. vend.*, 4, 44. — L. 5, § 2, D., *De auctor. tut.*, 26, 8.

(1) L. 21, § 5, D., h. t.

Digitized by Google

A) Contrats de droit strict. — S'il n'y a pas encore eu d'exécution, *exceptio metus* par laquelle le violenté repousse l'action (2). En cas d'exécution, la victime peut intenter l'action *quod metus causa* (3), ou l'action *de dolo* (4), ou enfin demander la *restitutio in integrum* (5).

B) Contrats de bonne foi. — Les ressources précédentes ne sont pas nécessaires ici, du moins contre le cocontractant ; si le contrat n'a pas encore été exécuté, l'exception est sous-entendue dans la formule ; s'il y a eu exécution, l'action même du contrat fera obtenir réparation (6). Mais l'action et l'exception *quod metus causa* peuvent être employées même contre les tiers non complices de la violence, avantage que n'ont pas l'action et l'exception de dol.

De l'action quod metus causa. Cette action appartient à la victime de la violence et à ses héritiers, contre l'auteur de la violence *in solidum* ; contre ses héritiers, *in quantum locupletiores facti sunt* ; enfin contre toute personne *ad quam res pervenit.* Cette action peut donc préjudicier à des tiers innocents de la violence (7). Cette solution est équitable, le violenté méritant en somme encore plus d'intérêt que le tiers même de bonne foi.

Nature de l'action *quod metus causa.* Elle est personnelle, mais rédigée comme une action réelle (*in rem scripta*) c'est-à-dire que le nom du défendeur ne se trouve pas dans *l'intentio* de la formule (8). Elle est prétorienne, *in factum,* arbitraire (9), au quadruple (10), annale (11). A quelles conditions cette action est-elle donnée ? — *a*) Il faut que le demandeur ait accompli un acte qui lui préjudicie. — *b*) Que cet acte ait été déterminé par la violence. La violence doit être : injuste (12), de nature à faire impression sur une personne raisonnable (13) ; si le con-

(2) J., IV, 13, § 1. — (3) Cicér., *In Verrem* II, 3, 65. — (4) L. 9, § 2, L. 21, §§ 4, 5, 6, D., h. t.—(5) L. 9, §§ 1, 4, 8, L. 21, §§ 5, 6, D., h. t.—L. 3, C., h. t. — (6) L. 1, L. 8, C., *De rescind. vend.*, 4, 44. — L. 21, § 4, D., h. t. — (7) L. 14, § 5, D., h. t. — C. civ., art. 1111. — (8) L. 9, § 8, L. 1, § 8, L. 14, § 3, D., h. t. — L. 2, § 1, D., *De doli mali et metus except.*, 44, 4. — (9) J., IV, 6, § 31. — L. 9, § 9, L. 14, §§ 3, 4, D., h. t. — (10) J., IV, 6, § 27. — L. 21, § 2, D., h. t. — L. 14, § 7, D., h. t. — (11) L. 14, §§ 1 et 2, D., h. t. — (12) L. 3, § 1, L. 23, § 2, D., h. t.—L. 9, L. 8, § 3, L. 6, D., h. t. — Art. 1112, C. civ. — L. 22, D., *De ritu nuptiarum*, 23, 2. — C. civ., art. 1114. — L. 8, C., h. t.

Digitized by Google

trat extorqué a été exécuté après la cessation de la violence, point d'action (14) ; la promesse faite à celui qui nous délivrera du danger est obligatoire (15).

Celui qui pourrait opposer l'exception *metus* s'il était actionné, peut prendre les devants et intenter l'action *metus causa,* notamment pour se faire libérer de l'obligation qu'il avait contractée (16). On peut aussi intenter l'action de dol contre l'auteur de la violence, car la violence contient un dol (17), ou demander la restitution *in integrum*, souvent plus avantageuse, notamment en cas d'acceptation ou de répudiation d'hérédité (18), et en cas d'aliénation, si l'acquéreur est insolvable (19).

Résumé : en droit romain, l'action *metus* est donnée même contre les tiers ; *secus* de l'action de dol. En droit français, les actions en rescision pour cause de dol peuvent-elles réagir contre les tiers, comme celles données pour cause de violence, d'erreur ou de lésion (20) ?

§ 4. *De l'objet de la stipulation, ou plus généralement de l'objet des contrats et des obligations :* (J., *De inutilibus stipulationibus,* III, 19. — D., *De verborum obligationibus*, 45, 1.)

A quoi a-t-on consenti ? A s'obliger ; voilà l'objet du contrat. — A quoi s'est-on obligé ? Voilà l'objet de l'obligation ; c'est toujours un fait actif ou passif. Les stipulations, étant une forme de contracter plutôt qu'un contrat spécial, et pouvant renfermer toute espèce de contrat, on peut, sans inconvénient, étudier (comme l'ont fait les Romains) l'objet de l'obligation en se demandant quels caractères devait présenter le fait promis *par stipulation* (ou par un autre contrat) pour que le contrat fut valable.

1° *Le fait promis devait être possible* (1). — L'impossibilité absolue, et l'impossibilité *relative* au *stipulant* annulent l'obligation, mais non pas l'impossibilité *relative* au *promettant* seulement (2). — Diverses applications. — On

(14) L. 2, C., *eod.* — C. civ. art, 1115. — (15) L. 9, § 1, D., h. t. — (16) L. 9, § 3, D., h. t. — (17) L. 14, § 13, D., h. t. — (18) L. 21, §§ 5, 6, D., h. t. — L. 85, D., *De adq. her.*, 29, 2. — (19) L. 9, §§ 4 et 6, D., h. t. — L. 16, pr., §§ 1, 3, D., *De minoribus*, 4, 4. — C., *In quib. causis*, 2, 41. — L. 6, D., *De dolo*, 4, 3. — (20) Voy. Marcadé, art. 1116.

(1) L. 185, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (2) L. 137, § 4, D., h. t. — J., § 1 h. t. — G., III, § 97.

Digitized by Google

peut stipuler une chose future (3). Cependant, on ne peut contracter ni sur sa propre succession (4), ni sur celle d'autrui du vivant du *de cujus*, à moins qu'il n'y consente et ne persévère dans cette approbation jusqu'à son décès (5). Application de la règle aux obligations de donner une chose qui est hors du commerce (impossibilité légale), soit absolument (6), soit relativement au stipulant (7), soit relativement au promettant (8). — La stipulation est nulle en cas d'impossibilité absolue, même si le stipulant était de bonne foi (9). L'obligation serait valable au contraire de la part d'un vendeur qui se serait sciemment obligé à livrer une chose hors du commerce à un acheteur de bonne foi, parce que le vendeur, outre son obligation de livrer, s'engage implicitement à ne commettre aucun dol et qu'il en commet un en promettant sciemment une chose hors du commerce (10). — La stipulation nulle reste nulle, bien que la chose tombe ultérieurement dans le commerce (11). Lorsque la chose sort du commerce après la stipulation, mais avant l'exécution, l'obligation reste valable si la chose est sortie du commerce par le fait, ou après la mise en demeure *(mora)* du promettant (12). Autrement, l'obligation s'éteint. Renaît-elle si la chose rentre dans le commerce? Non (après controverse) (13). Si, après la stipulation, la chose devient par ailleurs la propriété du stipulant, l'obligation subsiste (14), sauf l'application de la maxime : *duas lucrativas causas in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non posse* (15). On peut stipuler, pour le cas où elle tomberait dans le commerce, une chose qui est hors du commerce d'une manière relative (16).

2° *Le fait promis devait être licite* (17). — La stipula-

(3) L. 8, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (4) L. 19, C., *De pactis*, II, 3. — (5) L. 30, C., *eod.* — Voy. C. civ., art. 791, 1130, 947, 1082 et s. — (6) J., § 2, h. t. — (7) C., *Ne christianum mancipium Judæus habeat*, 1, 10. — L. 62, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — J., § 2. — L. 11, § 16, D., *De legatis*, 3°, 32. — L. 34, D., h. t. — (8) Même texte. — (9) J., § 2. — (10) J., III, 23, § 5. — L. 4, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (11) J., § 2. — L. 29, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (12) J., § 2. — L. 23, L. 22, § 1, L. 91, pr., §§ 1, 3, D., h. t. — (13) L. 98, § 8, D., *De solut.*, 46, 3. — L. 83, § 5, D., h. t. — (14) L. 19, D., h. t. — (15) L. 83, § 6, D., h. t. — L. 17, D., *De obl. et act.*, 44, 7. — J., II, 20, § 6. — (16) J., § 2. — L. 83, § 5, L. 31, D., h. t. — (17) J., § 24. — L. 35, § 1, D., h. t.

Digitized by Google

tion est nulle, même si le fait devient plus tard licite; exemple (18).

3° *Le fait promis devait être déterminé* (19). — Cependant lorsqu'une personne promet une dot dont elle se réserve de déterminer le chiffre, et lorsqu'un père de famille promet simplement de doter sa fille, la stipulation est valable et le chiffre de la dot est estimé *boni viri arbitratu* (20).

4° *Le fait promis devait présenter un avantage pécuniaire pour le stipulant* (21) *(Théorie des stipulations pour autrui).*— Celui qui stipule pour autrui peut vouloir : 1° soit acquérir la créance à autrui, ce qui n'est pas possible, à cause du principe romain de la non-représentation dans les actes juridiques (22) ; 2° soit acquérir la créance et par suite l'action pour soi-même, ce qui n'est pas possible à cause du défaut d'intérêt (23). — De ces deux idées il résulte que la stipulation sera valable : 1° si le stipulant a pu représenter celui pour qui il stipule, ce qui arrive pour les *alieni juris* stipulant pour la personne en la puissance de laquelle ils se trouvent (24) ; 2° et qu'elle sera encore valable si le stipulant a intérêt à stipuler pour autrui ; exemples (25). Celui qui stipule pour autrui peut dans tous les cas acquérir une action pour lui même, en stipulant une peine qui devra lui être payée au cas d'inexécution de la première stipulation qui reste d'ailleurs nulle ; mais la seconde est valable et conditionnelle (26). — La stipulation *sibi* AUT *Titio* a pour effet de constituer *Titius* mandataire irrévocable pour recevoir paiement (*adjectus solutionis gratia)* (27). — Les Sabiniens validaient pour le tout la stipulation *sibi* ET *Titio* en retranchant : *et Titio*. Les Proculiens, qui l'emportèrent, la validaient seulement pour moitié (28).

(18) J., I, 10, § 2. — (19) L. 94, L. 95, D., h. t. — (20) L. 1. L. 3, C. *De dotis promissione*, 5, 11. — L. 22, § 1, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (21) J., §§ 4, 19, 20. — G., III, § 103, §§ 110 à 115. — C. civ., art. 1119. — (22) L. 11, D., *De oblig. et actionibus*, 44, 7. — J., § 19. — L. 6, C., *Si quis alteri*, 4, 50. — (23) J., § 19. — L. 38, § 17, D., h. t. — L. 3, C., *De inutil. stip.*, 8, 39. — Art, 1119 C. civ., aux mots : *en son propre nom*. — (24) J., §§ 1, 4. — L. 39, D., h. t.— Vinnius, *Instit.*, III, 20, § 4. — (25) L. 38, §§ 20, 22, D., h. t. — J., § 20. — J., I, 24, pr. — (26) J., § 19, *in fine*. — (27) J., § 4. G., III, §§ 110 à 115. — (28) G., III, § 103. — J., § 4. — L. 110, D., h. t. — L. 64, D., *De cont. empt.*, 18, 1.

Digitized by Google

Remarque. — Par exception, dans certains cas, en matière de contrats de bonne foi, on n'exige pas chez le créancier un intérêt pécuniaire ; un intérêt d'affection suffit pour qu'il puisse exercer l'action du contrat (28 *bis*).

5° *Le fait promis devait être le fait personnel du promettant* (29). *(Théorie des promesses pour autrui).* — Celui qui promet le fait d'autrui peut avoir, soit : 1° l'intention d'obliger autrui, ce qui n'est pas possible à cause du principe de la non-représentation. De là résulte que l'on pourra obliger autrui dans les hypothèses exceptionnelles ou l'on a admis qu'on pouvait représenter autrui (30) ; 2° soit l'intention de *s'obliger soi-même* A FAIRE EN SORTE qu'un tiers exécute un fait déterminé. Cette promesse porte au fond sur un fait personnel au promettant (faire en sorte que...), elle devrait donc être valable ; pourtant, sauf de rares exceptions (31), les Romains interprètent la promesse comme portant sur le fait d'autrui et l'annulent (31 *bis*), à moins que le promettant n'ait *expressément* indiqué qu'il promettait *de faire en sorte que...* (32). S'il s'est engagé personnellement à payer une certaine somme (clause pénale) pour le cas où le tiers n'accomplirait pas le fait promis, cet engagement est toujours valable (33).

Remarques. — Lorsqu'on *stipule* ou qu'on *promet* pour soi, l'acte profite ou nuit aux héritiers (34). Mais on ne peut stipuler ou promettre *pour ses héritiers seulement*, ce serait stipuler pour autrui, ou promettre le fait d'autrui (35). On ne peut stipuler en principe *pour l'un seulement de ses héritiers*, ce serait *avantager* l'un de ses héritiers, ce qu'on ne peut réaliser que par un acte de dernière volonté. Exception pourtant s'il s'agit d'une obligation de faire (36). On ne peut jamais *promettre* pour l'un de ses héritiers (37).

§ 5. — *Division des stipulations, ou plus généralement, des obligations contractuelles.* (J., III, 15. — D., *De verborum obligationibus*, 45, 1.)

(28 *bis*) L. 71, D., *De evict.*, 21, 2. — (29) J., §§ 3, 21. — C. civ., art. 1119. — (30) J., IV, 7, § 2. — (31) L. 81, D., h. t. — (31 *bis*) *Secus* en droit français, par application de l'art. 1157. — (32) J., § 3, h. t. — (33) J., § 21. — (34) L. 13, C., *De cont. et com. stipul.* 8, 38. — L. 17, § 5, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 38, § 14, D., h. t. — (35) G., III, § 100. — (36) L. 137, § 8, D., h. t. — (37) L. 56, § 1, D., h. t. — Comp. C. civ., art. 1121.

Digitized by Google

Stipulations : *a)* pures ; — *b)* à terme ; — *c)* conditionnelles ; — *d)* alternatives ; — *e)* facultatives ; — *f)* avec clause pénale. Renvoi à la *pluralité d'objets* pour les trois derniers cas.

A) Stipulations (ou obligations contractuelles) pures.

B) Stipulations (ou o. c.) à terme.

a) Du terme suspensif. — C'est une date fixée dans l'avenir, ou un événement futur mais certain, qui retarde seulement l'exigibilité de la créance, mais non pas sa naissance (1). Diverses espèces de terme.—1° Terme exprès terme tacite (2). — 2° Terme conventionnel, terme légal (2 *bis*) — 3° Terme certain, terme incertain (dans ce dernier cas l'événement prévu se produira certainement, mais à une date inconnue) (2 *ter*). — On ne pouvait autrefois stipuler ou promettre pour après sa mort (*nam inelegans visum est ex heredis persona incipere obligationem*) (3). Ce motif laisserait supposer que *très-anciennement* les Romains considéraient le terme comme retardant la naissance même de la créance ; cette idée abandonnée bientôt en matière d'obligations, où elle est fausse, persista en matière de droits réels (3 *bis*). — Terme en faveur du débiteur, ou en faveur du créancier, intérêts pratiques (4).

b) Du terme extinctif (5). *Jure civili*, l'obligation n'est pas éteinte à l'arrivée du terme, mais le préteur donne au débiteur l'exception *doli mali* ou *pacti conventi*. — Comparaison de la stipulation d'un *annuum* (rente viagère) et du legs d'un *annuum*. L'obligation née de la stipulation est *une, incertaine, perpétuelle ;* celle née du legs est *multiple, certaine, temporaire* (6). Si la rente avait été stipulée *pour un nombre d'années déterminé*, les Romains décomposaient l'opération en autant de stipulations à

(1) J., § 2, h. t. — (2) J., § 5, et III, 19, § 27. — (2 *bis*) U., 6, § 9. — (2 *ter*) Voy. Cours de première année, Résumé p. 151 et 170.—(3) J., III, 19, § 13 et 15. — G., III, § 100, et II, § 232.— J., II, 20, § 35.— (3 *bis*) Voyez Résumé, t. I, p. 173, note 2. — (4) L. 41, § 1, D., h. t. — L. 17, L. 27, D., *De reg. juris*, 50, 17. — C. civ., art. 1187. — L. 1, § 22, D., *Depositi*, 16, 3.— L. 15, D., *De annuis legatis*, 33, 1.— L. 70, D., *De solut.*, 46, 3.— (5) Voy. Résumé, t. I, p. 173 et s. — (6) J., § 3, h. t.— L. 16, § 1, D., h. t. — Voy. aussi Résumé, t. I. p. 171 *in fine* et 172, note 8.

Digitized by Google

terme *suspensif certain*, qu'il y avait d'années (7). Quand le terme est-il censé accompli ? Distinctions (8).

C) Stipulations (ou obligations contractuelles) conditionnelles (8 *bis*). — La condition suspensive est un événement futur (9) et incertain (10) qui suspend la *naissance, l'extinction*, ou la résolution du droit. Développement (11). Actes qui ne peuvent être affectés de la condition (actes *légitimes*) ; l'insertion d'une condition suspensive ou d'un terme suspensif les rend nuls (12). — Les circonstances indispensables à l'efficacité de l'acte en vertu de sa nature même, ne sont pas des conditions véritables, alors même qu'on les aurait exprimées sous forme de condition (13). Exemples de conditions véritables. Diverses espèces de conditions.

a) Conditions expresses ou tacites. La promesse de constituer une dot est toujours subordonnée à la condition tacite : *si nuptiæ sequantur* (14).

b) Condition suspensive (*a qua*), — condition résolutoire (*ad quam*). La première suspend la naissance du droit ; la seconde suspend l'anéantissement rétroactif (résolution) du droit (15). On pourrait concevoir aussi une condition purement extinctive (analogue au terme extinctif) dont l'effet se bornerait à éteindre le droit pour l'avenir (15 *bis*).

Comparaison du terme suspensif et de la condition suspensive en matière d'obligations (16). Intérêts pratiques : 1° Celui qui paie par erreur avant l'arrivée de la condition a la *condictio indebiti* ; *secùs* de celui qui paie par erreur avant le terme (17) ; 2° Avant Justinien, le créancier qui

(7) L. 140, § 1, D., h. t. — (8) L. 138, pr., D., h. t. — C., com., art 143. — J., III, 19, § 26. — L. 14, L. 72, § 2, L. 124, D., h. t. — (8 *bis*) Comp. Résumé, t. 1, p. 149, 150, 170, 173. — (9) L. 39, D., *De rebus creditis*, 12, 1. — J., § 6. — (10) L. 28, § 5, D., *De judiciis*, 5, 1. — (11) L. 22, pr., D., *Quando dies legat. cedat*, 36, 2. — L. 45, § 2, D., h. t. — (12) L. 77, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (13) L. 99, L. 21, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 22, § 1, D., *Quando dies legat. cedat*, 36, 2. — L. 19, § 1, L. 69, D., *De hered. instit.*, 28, 5, — (14) L. 4, § 2, D., *De pactis*, 2, 14. — (15) L. 2, D., *De in diem addict.*, 18, 2. — L. 1, D., *De lege commis.*, 18, 3. — (15 *bis*) Voy. aussi Résumé, t. 1, p. 173, — (16) J., III, 19, §§ 2, 4. — L. 213, D., *De verb. signif.*, 50, 16. — (17) L. 10, L. 16, D., *De cond. indeb.*, 12, 6.

Digitized by Google

agissait avant le terme perdait son procès par suite d'une *plus petitio*, et ne pouvait le recommencer, car il avait éteint son droit en le déduisant en justice ; — *secùs* de celui qui agissait avant la condition ; il perdait à la vérité son procès, mais il pouvait le recommencer utilement après l'arrivée de la condition, car il n'avait pu déduire en justice un droit qui n'était pas encore né (18).

Effets de la condition pendante (18 *bis*) ; l'obligation n'est pas encore née. — Rappel des deux conséquences précédentes, et de plus : 1° La perte de la chose, arrivée par cas fortuit *pendente conditione, empêche l'obligation de naître.* Conséquences dans la théorie des risques (renvoi plus bas, *Vente, Appendice* I) (19) ; 2° Si le débiteur conditionnel remet la chose due au créancier avant l'arrivée de la condition, le créancier n'acquiert ni la *possessio ad usucapionem*, ni les fruits de cette chose (20). — Cependant, par suite de la *rétroactivité* de la condition, retroactivité admise dans les obligations conditionnelles (*secùs* dans les legs), la maxime : *non est debitum, spes est tantum debitum iri*, ne doit pas être prise à la lettre ; même *pendente conditione* il existe un germe d'obligation. Conséquences (21).

Quand la condition est-elle réputée accomplie ?

1° Lorsque l'événement prévu arrive ; 2° dans le cas de condition négative, lorsqu'il est certain que l'événement prévu n'arrivera pas ; 3° lorsque celui qui avait intérêt à ce que la condition ne s'accomplît pas, l'empêche de se réaliser (21 *bis*).

Effets de la condition accomplie. Théorie de la retroactivité de la condition. — Si l'on appliquait rigoureusement l'idée que la condition accomplie rétroagit, c'est-à-dire que l'obligation est censée avoir été pure et simple dès le jour du contrat, le principe : *non est debitum*... etc. disparaîtrait. Mais ce n'est qu'à certains égards que les Ro-

(18) L. 43, § 9, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1. — L. 36, D., *De solut.*, 46, 3. — J., IV, 6, § 33. — (18 *bis*) J., § 4, h. t. — (19) L. 8, D., *De periculo et com.*, 18, 6. — L. 14, pr., D., *De novat.*, 46, 2. — (20) L. 8, pr., D., *De periculo et commodo rei venditæ*, 18, 6. — (21) L. 45, D., *Ad leg. Falcid.*, 35, 2. — L. 38, D., *Pro socio*, 17, 2. — L. 13, § 5, *in fine*, D., *De pignoribus*, 20, 1. — L. 4, pr., D., *De separat.*, 42, 6. — L. 6, pr., D., *Quibus ex causis*, 42, 4. — (21 *bis*) L. 161, D., *De reg. juris*, 50, 17.

Digitized by Google

mains appliquent la théorie de la rétroactivité de la condition dans les obligations contractuelles. Développement. Dans les legs, au contraire, la condition ne rétroagit pas.

Comparaison de la créance conditionnelle résultant d'un contrat, et de celle résultant d'un legs au point de vue de la rétroactivité.

1° La première passe aux héritiers, non la seconde (22), par conséquent le légataire doit être vivant au moment de l'arrivée de la condition.—2° Le titulaire est appelé *creditor* dans le premier cas, non dans le second (23). — 3° Si le créancier est un *alieni juris*, il acquiert, dans le premier cas, pour celui à la puissance duquel il est soumis *au moment du contrat* ; en cas de legs c'est le moment de l'arrivée de la condition qui détermine la personne qui profite de l'acquisition (24). — 4° L'acceptilation d'une obligation conditionnelle née d'un contrat est efficace, elle ne l'est pas si l'obligation conditionnelle naît d'un legs (25). — 5° L'émancipé rapporte ses créances conditionnelles nées d'un contrat et non pas celles nées d'un legs, à supposer bien entendu que le père *de cujus* soit mort *pendente conditione* (26). — 6° Les créanciers conditionnels en vertu d'un contrat peuvent attaquer les actes frauduleux de leur débiteur accomplis *pendente conditione* ; *secùs* des créanciers conditionnels en vertu d'un legs (27 et 28).

La créance conditionnelle résultant d'un contrat et celle résultant d'un legs diffèrent encore à d'autres points de vue.

1° *Dies incertus in testamento conditionem facit* (29 et 30). — 2° En cas de legs, la condition potestative pour le créancier et la condition mixte sont souvent réputées accomplies lorsqu'il a fait son possible

(22) J., § 4 *in fine*, h. t. et III, 19, § 25.— L. 59, pr., D., *De cond.*, 35, 1. — *Comp.* G., III, § 100. — (23) L. 42, pr., D., *De obl. et act.*, 44, 7. — (24) L. 40, D., *De stip. serv.*, 45, 3. — L. 14, § 3, D., *Quando dies legat. cedat*, 36, 2. — L. 2, § 3, D., *De collat.*, 37, 6. — L. 12, L. 13, § 8, D., *De accept.*, 46, 4. — (27 et 28) Arg., L. 27, D., *Qui et a quib.*, 40, 9. — (29) L. 75, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — Voy. Résumé, t. I. p. 170, texte et note 33. — (30) L. 59, pr., D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — J., § 4 *in fine*, h. t. et III, 19, § 25. — (31) L. 14, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 23, D., *De cond. instit.*, 28, 7. — (32) L. 7, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — (33) G., III, § 98. J., II, 14, § 10. — C. civ., art. 1172, 900.

Digitized by Google

pour les réaliser : *secùs* dans les contrats (31). — 3° La *caution mucienne* n'est usitée qu'en cas de legs (32). — 4° Les conditions impossibles ou illicites sont réputées non écrites dans les legs ; elles annulent les contrats (33).

Effets de la condition défaillie. — Si l'événement prévu ne se réalise pas, l'obligation n'est jamais née ; si quelque prestation a été accomplie, il faut restituer.

c) Condition extinctive et condition résolutoire, renvoi à la condition résolutoire en matière de vente : même renvoi pour l'explication de la stipulation prépostère.

d) Conditions potestatives, casuelles, mixtes. — La condition purement potestative (34) du côté du débiteur annule l'obligation. *Quid* de la condition : *cum voluero* (35) ?

e) Conditions positives, négatives.

f) Conditions possibles, impossibles. — La condition impossible positive annule l'obligation contractuelle (36).

g) Conditions licites, illicites. — La condition illicite annule l'obligation contractuelle, toutes les fois que son maintien pousserait à un acte illicite, ou tendrait à rémunérer le non-accomplissement d'un acte coupable, dont par suite on doit s'abstenir sans exiger de récompense (37), enfin lorsqu'elle a pour but d'entraver chez l'une des parties l'exercice d'une faculté qui, d'après la loi, doit rester entièrement libre (38).

SECTION III. — *Des contrats qui se formaient* CONSENSU. (J., III, 22.)

GÉNÉRALITÉS. — Les contrats consensuels, c'est-à-dire qui se forment *solo consensu*, dérivés du *jus gentium* furent probablement admis tout d'abord entre pérégrins, puis passèrent dans le *jus civile*. — Caractères de ces contrats : 1° Ce sont les plus usités dans le commerce : vente, louage, société, mandat (commission). 2° Ils sont synallagmatiques parfaits, sauf le mandat qui pourtant se présentera le plus souvent avec un caractère synallagmati-

(34) L. 8, D., *De obl. et act.*, 44, 7. — (35) L. 46, § 2, D., h. t. — (36) G., III, § 98. — J., III, 19, § 11. — (37) L. 7, § 3, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 121, § 1, D., h. t. — (38) L. 63, § 1, L. 72, § 4, D., *De cond. et dem.*, 35, 1. — L. 2, C., *De inutil. stip.*, 8, 39.

Digitized by Google

que (1). 3° Ils peuvent intervenir entre absents, puisque l'échange des consentements peut se faire aussi bien par lettre ou par messager que verbalement. 4° Ils sont de bonne foi, à cause de leur caractère synallagmatique (voy. plus haut p. 29).

§ 1. — De la vente. (J., III, 23. — D., *De contrahenda emptione*, 18, 1).

La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à faire avoir *la libre possession d'une chose* à l'acheteur qui s'oblige de son côté à transférer au vendeur *la propriété d'une somme d'argent.*— Donc le vendeur ne s'oblige pas, ou plutôt ne s'oblige pas toujours, à transférer la propriété (2). Cette particularité de la législation romaine s'explique historiquement par ce motif que, si le vendeur eût été nécessairement obligé de transférer la propriété, ç'aurait été la propriété *quiritaire*, seule connue anciennement, ce qui n'eût pas permis de vendre à des pérégrins incapables d'acquérir cette propriété, en sorte que le commerce aurait été entravé. Primitivement, entre citoyens, la vente, du moins au comptant, se faisait par mancipation (2 *bis*), ou par deux stipulations (3).

I. — *Éléments essentiels de la vente.*

A) Du consentement. — Il faut que les parties soient d'accord sur la chose et sur le prix (4). De plus, sous Justinien, un écrit est nécessaire, lorsque les parties ont eu l'intention d'en rédiger un, la vente n'existe alors qu'après la rédaction de l'écrit (5).

Des arrhes; effets de la dation des arrhes. 1° Époque classique. — Les arrhes ne servent qu'à prouver le contrat (6). — 2° Époque de Justinien. Il est certain que si un écrit est exigé, la remise d'arrhes forme simplement le contrat réel d'arrhes qui oblige celui qui les a reçues à les rendre au double, s'il ne veut pas parfaire la vente, et qui les fait perdre à celui qui les a données, dans le cas où le refus vient de son côté. Mais *quid* dans le cas où l'écrit

(1) G., III, § 155. — — (2) L. 25, § 1, D., h t. — (2 *bis*) Comp. Résumé t. I, p. 184, note 8. — Voy. aussi plus bas, obligations du vendeur, note 2. — (3) Arg., Cicéron, *De oratore*, I, 39. — Arg., G., III, 146. — Voy. Maynz, t. II, p. 99 note 54, 3e édition. — (4) G., III, § 139. — (5) J., pr, h. t. — L. 17, C., *De fide instrum.*, 4, 21. — (6) G., III, § 139.

Digitized by Google

n'est pas exigé? Controverse. — 1er système. Les arrhes sont un moyen de dédit (7). Réfutation : s'il en était ainsi, Justinien aurait innové dans ces ventes; or, il déclare le contraire (7 *bis*).—2me système. Si la vente est simplement *projetée*, les arrhes sont un moyen de dédit, si elle est *conclue*, elles sont une preuve (8). Ce système n'est pas pratique; les arrhes comme preuve n'ont plus d'utilité, s'il faut, pour qu'elles aient cette valeur, qu'il soit démontré par ailleurs que la vente était *conclue*. Le Code civil semble consacrer une distinction analogue, il fait des arrhes un moyen de dédit dans le cas de promesse de vente (art. 1590), mais comme il assimile la promesse de vente à la vente (art. 1589), il est difficile de saisir la pensée des rédacteurs. — 3me système. Les arrhes sont toujours une preuve du contrat. De plus, si l'une des parties se refuse à l'exécuter, l'autre partie peut à son choix, soit l'y contraindre, soit, si elle le préfère, y renoncer et garder les arrhes reçues, ou réclamer au double celles qu'elle aurait données. Les arrhes sont donc une preuve, et en outre une clause pénale (9).

B) De la chose (merx) (10). — On ne peut pas *vendre* tout ce que l'on pourrait *stipuler;* on ne peut vendre *un fait à accomplir;* le contrat serait un louage de service, non une vente.— Choses que l'on peut vendre : 1° La propriété. 2° Les servitudes. 3° Les créances. 4° Les hérédités déjà ouvertes. Remarquez que le vendeur n'est pas nécessairement obligé de transférer le droit même qu'il a vendu; il suffira (sauf des exceptions qui réduisent singulièrement la règle) qu'il procure à l'acheteur la paisible possession du droit vendu. De là résulte que l'on peut vendre la chose d'autrui (11). On peut aussi vendre une chose future : distinction de l'*emptio spei*, vente aléatoire, et de l'*emptio rei speratæ*, vente commutative : dans le premier cas la vente est valable, bien que la chose future vendue ne se produise pas (12). — Choses que l'on ne peut pas vendre.

(7) Ortolan, t. II, § 1449. — Arg., J., h. t. pr., *in fine*. — (7 *bis*) J., h. t. pr., *verbis* : « *nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est* ». — (8) Pothier, Vente, nos 496 à 500. — (9) Mayne, t. II, § 344. — (10) J., § 5, h. t. — (11) *Contrà*, art. 1599, C. civ.— (12) L. 8, D., h. t. — L. 11, § 1, L. 12, D., *De act. empti*, 19, 1.

Digitized by Google

1° Les choses hors du patrimoine, mais l'acheteur de bonne foi doit être indemnisé par le vendeur de mauvaise foi (voy. plus haut p. 38, note 10) (13). 2° Les choses volées, même observation (14). 4° On ne pouvait acheter sa propre chose. (15) ; 5° Ni, en principe, la succession d'une personne vivante (renvoi plus haut p. 38, notes 4 et 5).

Quid, si avant la vente, la chose avait péri, ou s'était détériorée ? — En cas de destruction totale, la vente est toujours nulle. — En cas de destruction partielle ou de détérioration, distinguons : si les deux parties ignoraient ce fait, la vente est valable, sauf réduction du prix, si la partie détruite est inférieure à la moitié ; si elle dépasse la moitié, l'acheteur *peut* considérer la vente comme nulle (16). — Le vendeur de mauvaise foi peut en outre être condamné à des dommages-intérêts. — Si l'acheteur seul connaissait la situation, la vente est valable. — En cas de mauvaise foi des deux côtés, la vente est nulle (17). Explication.

C) Du prix.

Le prix doit : 1° Etre sérieux (18). — Si le prix n'est pas sérieux, il y a donation et non vente. Si le prix, quoique sérieux est inférieur à la valeur de la chose, et que le vendeur ait voulu *donner*, il y a pour partie donation au fond, mais pour le tout vente valable en la forme. Si le vendeur ne voulait pas *donner*, et s'il y a lésion de plus de moitié, rescision, ou obligation de l'acheteur de compléter le juste prix (19). — 2° Être déterminé. — S'il est laissé à l'arbitrage d'un tiers, la vente est conditionnelle à cet arbitrage (20). — 3° D'après les Proculiens, qui l'emportèrent, le prix devait consister en argent monnayé (21), ce qui empêche de confondre la vente avec l'échange. Différences entre ces deux contrats (22). Peut-être les Sabiniens ne repoussaient-ils ce système que pour arriver à faire de l'échange un contrat consensuel comme la vente.

(13) J., § 5. — (14) L. 34, § 3, L. 35, § 2, D., h. t. — (15) L. 45, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (16) L. 57, D., h. t. — (17) Comp. art. 1601, C. civ. — (18) L. 10, § 2, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — L. 36, L. 38, L. 55, D., h. t. — L. 3, L. 9, C., *eod.*, 4, 38. — Arg. L. 46, D., *Locati*, 19, 2. — (19) L. 2, L. 8, C., *De rescind. vend.*, 4, 44. — Comp., art. 1674, C. civ. — (20) L. 7, § 1, D., h. t. — J., § 1. — G., III, § 140. — L. 15, C., *De cont. empt.*, 4, 58. — (21) G., III, § 141. — J., § 2. — L. 1, D., h. t. — L. 1, D., *De permut. rerum*, 19, 4. — L. 1, C., *eod.*, 4, 64. — (22) L. 1, D., *De permut. rerum*. 19, 4.

Digitized by Google

II. — *Obligations et actions qui naissaient de la vente* (D., *De actionibus empti et venditi*, 19, 1.) (1).

A) Obligations du vendeur, sanctionnées par l'action *ex empto* accordée à l'acheteur.

Primitivement, c'était, on le sait, par des stipulations que le vendeur romain contractait toutes les obligations qui plus tard résultèrent de plein droit de la vente (2) ; ces obligations sont :

1° Veiller à la conservation de la chose ; cette obligation est implicitement contenue dans celle de livrer. Avec quel degré de soin ? Renvoi à la *théorie des fautes*.

2° Livrer à l'acheteur *vacuam possessionem rei*. (3) — Le vendeur doit livrer toute la chose vendue. Il doit livrer les accessoires de la chose (4) et les produits depuis le jour où la tradition aurait dû être faite (5).

De la vente d'un immeuble avec indication de contenance : *a) Pour un prix en bloc*. Si la contenance réelle est plus forte, le vendeur n'a droit à aucun supplément de prix (6). Si la contenance réelle est inférieure, l'acheteur a droit à une diminution de prix (7). — *b) A tant la mesure*. Le prix varie suivant la mesure réelle (8).

3° Garantir l'acheteur contre l'éviction. — Origine de cette obligation. Dans les ventes faites par mancipation, le vendeur était condamné au double du prix en cas d'éviction (9). Dans les autres ventes, l'acheteur *stipulait* du vendeur *rem habere licere*, c'est-à-dire que ce dernier promettait de lui assurer la paisible possession de la chose ; on joignait à cette promesse une clause pénale, par exemple : *nisi habere liceat, quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes* (10) ? Par analogie à ce qui se passait en cas de mancipation, le vendeur promettait sou-

(1) L. 1, D., *De permut. rerum*, 19, 4. — (2) Cicér., *De oratore*, 1, 59. — L. 31, D., *De evictionibus*, 21, 2. — (3) L. 2, § 1, L. 3, pr., L. 11, § 13, D., h. t. — L. 25, § 1, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (4) L. 13, § 31, L. 14 à 18, L. 38, § 2, D., h. t. — *Sic* art. 1615, C. civ. — (5) P., II, 17, § 7. — V., § 15. — L. 13, § 18, D., h. t. — (6) Arg. L. 42, L. 38, pr., D., h. t. — *Secus* art. 1619, 1620, C. civ. — (7) L. 4, § 1, L, 6, pr., D., h. t. — Comp. art. 1619 C. civ. — (8) L. 40, § 2, D., h. t. — Comp. art. 1618 et 1620 C. civ. — (9) P., II, 17, § 3. — Cicer., *De officiis*, III, 16. — (10) L. 38, pr., §§ 2, 3, L. 83. pr., D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 11, § 18, D., h. t.

Digitized by Google

vent le double du prix (10 *bis*). — Enfin, lorsque la vente devint contrat consensuel, on admit que le vendeur serait garant de l'éviction, jusqu'à concurrence de la valeur de la chose sans qu'il y eût besoin d'aucune *stipulation* (11); d'ailleurs l'acheteur *stipulait* souvent le double du prix ; de là naissait contre le vendeur soit l'action *ex empto,* soit l'action *ex stipulatu duplæ* (sous-entendu *pecuniæ*).

De l'éviction. (D., *De evictionibus et duplæ stipulationibus*, 21, 2.)

L'éviction est la défaite judiciaire subie par l'acheteur relativement à la chose vendue. Le vendeur en est garant; sa responsabilité fut même étendue à d'autres cas lorsqu'il était poursuivi par l'action *ex empto* qui est de bonne foi, mais non lorsqu'il s'agissait de l'action *ex stipulatu duplæ* qui est de droit strict et ne peut, par suite, recevoir les extensions réclamées par l'équité.

Objet de l'obligation de garantie contractée par le vendeur.

Le vendeur doit garantir l'acheteur contre l'éviction.

L'objet de cette obligation consiste en ce que *le vendeur est tenu principalement d'empêcher l'éviction en venant prendre le lieu et place de l'acheteur dans le procès intenté contre celui-ci, de telle sorte que, s'il y a condamnation, elle soit prononcée contre le vendeur* — Subsidiairement, et à défaut par le vendeur de remplir cette obligation, *il est tenu d'indemniser l'acheteur du préjudice subi* (11 *bis*).

a) De l'action *ex stipulatu duplæ*. — On suppose que l'acheteur a *stipulé* le double du prix en cas d'éviction (12). Cette *stipulation*, prescrite par l'édit des Édiles en cas de vente d'esclaves, était usitée aussi dans les ventes d'immeubles et d'objets précieux (13).

Pour intenter l'action résultant de la *stipulatio duplæ*, il fallait : 1° Que l'acheteur (ou son héritier, ou son ayant cause, muni d'un recours contre lui (13 *bis*), *eut été évincé,*

(10 *bis*) Varron, *De re rustica*, II, 10, 5 : « *aut, si mancipatio non datur, dupla promitti...* » — L. 56, pr., L. 74, pr., D., *De evictionibus* 21, 2. — (11) P., II, 17, § 2. — (11 *bis*) L. 74, § 2, D., h. t. — (12) Varron, *De re rustica*, II, 10, § 5. — Voy. L. 6, L. 56, pr., L. 74, pr., D., h. t. — (13) L. 37, pr., § 1, D., h. t. — L. 5, pr., *in fine*, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 49, D., *Famil ercis.*, 10, 2. — (13 *bis*) L. 22, § 1, L. 41, § 2, L. 40, D., h. t.

Digitized by Google

c'est-à-dire vaincu dans une instance ayant pour objet la propriété de la chose vendue ou un droit réel sur cette chose (pourtant, en ce qui concerne les servitudes réelles, il fallait en outre que l'immeuble eût été vendu comme libre) (13 *ter*). Divers cas d'éviction (14). Donc, si l'objet périt avant l'éviction, comme elle devient impossible, point d'action *ex stipulatu duplæ*, mais action *ex empto* possible contre le vendeur de mauvaise foi, à raison du dol par lui commis (renvoi plus bas, page 56 note 61) (15). De la nécessité *d être évincé*, il résulte que cette action ne pourra être intentée qu'après que les actes translatifs de propriété auront été effectués entièrement ; notamment, s'il s'agit de tradition, il faudra que l'acheteur ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi (16). En effet, jusque-là l'acheteur ne peut se croire propriétaire, il n'est qu'un détenteur précaire ; par conséquent, la revendication ne pouvait être dirigée contre lui (du moins dans l'ancien droit) (16 *bis*), le procès s'engageait donc contre le *vendeur* qui dès lors pouvait seul être *évincé*. — 2° Il fallait que l'acheteur eût été évincé de la totalité de la chose vendue, à moins de clause expresse pour le cas d'éviction partielle (17). Cela tient à l'interprétation rigoureuse des termes de la stipulation ; l'acheteur n'est pas évincé de *la chose*, lorsqu'il est évincé d'une partie de cette chose (18). — 3° Il fallait que l'éviction fût imputable au vendeur, c'est-à-dire provînt d'un défaut de droit chez le vendeur (19). — 4° Que l'éviction ne fût pas imputable à l'acheteur, ce qui arrive lorsqu'il n'a pas invoqué l'usucapion (20), et lorsqu'il n'a pas dénoncé au vendeur le procès d'où est résultée l'éviction (21).

Par cette action l'acheteur obtient le double du prix.

b) De l'action *ex empto*. (D., *De actionibus empti et*

(13 *ter*) L. 48, L. 75, D., h. t. — L. 35, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 61, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1. — (14) L. 16, § 1, L. 39, § 1, L. 62, § 2, L. 34, § 2, D., h. t. — (15) L. 21, pr., D., h. t. — (16) L. 11, § 2, D. *De act. empti*, 19, 1. — L. 61, L. 62, D., h. t. — P., II, 17, §§ 1 et 3. — (16 *bis*) L. 9, D., *De reiv.*, 6, 1. — (17) L. 56, § 2, L. 64, D., h. t. — L. 36, 42, 43, 44, D., h. t. — (18) Voy. Accarias, t. II, p. 450, note 1 ; Maynz t. II, p. 196, note 39. — Pothier, *Pandect.*, h. t., 35, 48 et 49. — (19) L. 51, pr., D., h. t. — L. 15, C., *De eviction*,, 8, 45. — V., § 8. — (20) L. 27, L. 28, L. 29, § 1, D., h. t. — (21) L. 8, L. 9, C., *De evict.*, 8, 45. — Comp. art. 1640, C. civ.

Digitized by Google

venditi, 19, 1). — Pour pouvoir intenter cette action, les deux dernières conditions requises en ce qui touche l'action *ex stipulatu duplæ* sont aussi exigées, mais non les deux premières. L'acheteur peut agir même s'il n'est vaincu que sur une *action possessoire* (22), s'il n'est évincé que pour partie (22 *bis*), ou même avant d'être évincé, s'il découvre que le vendeur lui a sciemment vendu la chose d'autrui (23), enfin dans le càs où cet acheteur est devenu propriétaire de la chose vendue en vertu d'une autre cause, cas où il est certain de ne pas être évincé (24). — De là résulte qu'il n'est nullement nécessaire d'avoir reçu tradition pour agir *ex empto*.

Par cette action l'acheteur obtient la valeur de la chose *au moment de l'éviction*, que cette valeur ait augmenté ou diminué (25), et de plus des dommages-intérêts supplémentaires, s'il y a lieu (26). Cependant Justinien décida qu'il ne pourrrait jamais obtenir plus du double du prix (27). En droit français, et en cas d'éviction totale, l'acheteur obtient toujours au moins la restitution du prix, parce que chez nous la vente est nulle comme ayant porté sur la chose d'autrui (27 *bis*). *Secus* en droit romain.

Remarque. — Dans les ventes (28) et dans les pays (29) où la stipulation *duplæ* était usitée, on pouvait, par l'action *ex empto*, exiger que cette stipulation fût faite (30); on pouvait même, sans qu'elle eût été faite, agir *ex empto, en cas d'éviction*, pour obtenir *le double du prix* (31) ; en effet, les clauses d'usage sont censées insérées dans les contrats de bonne foi.

Comparaison de l'action *ex stipulatu duplæ* et de l'action *ex empto*. — Sous Justinien, on a toujours intérêt à intenter plutôt, (quand on le peut), l'action *ex stipulatu duplæ*.

c) Cas dans lesquels la garantie d'éviction n'est pas due.

(22) L. 35, D., h. t. — (22 *bis*) L. 1, D., h. t. — (23) L. 30, § 1, D., h. t. — Comp. L. 3, C., *De evict.*, 8, 45. — (24) L. 13, § 15, D., h. t. — (25) L. 70, D., *De evict.*, 21, 2. — (26) L. 45, § 1, D., h. t. — L. 9, L. 23, C., *De evict*, 8, 45. — (27) L. 1, C., *De sententiis quæ pro eo*, 7, 49. — L. 43 *in fine*, L. 44, D., h. t. — (27 *bis*) Voy. C. civ., art. 1599, 1631, 1637, 1150. — (28) L. 37, pr., § 1, D., *De evict.*, 21, 2. — (29) L. 6, D., *eod.* — (30) L. 31, § 20, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1. — L. 37. pr., D., *De evict.*, 21, 2. — (31) V., § 8.

Digitized by Google

1° Clause de non-garantie. Alors le vendeur ne restitue même pas le prix (32) ; le Code civil exige cette restitution, à moins que l'acheteur n'ait connu le danger d'éviction, ou n'ait acheté à ses *périls et risques* (33). La clause de non-garantie n'a point d'effet, lorsque le vendeur savait parfaitement qu'il vendait la chose d'autrui et que l'acheteur l'ignorait (34).

2° Connaissance du danger d'éviction, à moins que l'acte de vente ne contienne une clause spéciale de garantie (35). Mais, selon nous, l'action *ex stipulatu duplæ* appartiendrait à l'acheteur si la stipulation avait été faite, car elle doit avoir au moins l'effet d'une clause spéciale de garantie (35 *bis*).

Remarque. — L'obligation de garantie n'est pas spéciale à la vente, elle existe en général toutes les fois qu'une chose est transmise à titre onéreux (36).

Appendice. — *L'obligation de garantie (action ou exception) est-elle indivisible ?*

a) Action en garantie. — Elle est indivisible en tant qu'elle consiste pour le vendeur à soutenir le procès et à subir, le cas échéant, la condamnation au lieu et place de l'acheteur. Chacun des héritiers du vendeur est donc tenu de remplir cette obligation pour le tout, car cette obligation de prendre le lieu et place de l'acheteur ne saurait être exécutée pour partie. Si elle n'est pas exécutée, les dommages-intérêts dus à l'acheteur se divisent entre les héritiers du vendeur, car l'obligation de payer des dommages-intérêts est parfaitement divisible (37).

b) Exception de garantie. — Lorsque le propriétaire de la chose vendue est devenu pour partie l'héritier du vendeur et qu'il revendique contre l'acheteur, l'exception de

(32) L. 11, § 18, D., h. t. — L. 68, pr., D., *De evict.*, 21, 2. — (33) Voy. art. 1629, C. civ. — (34) L. 6, § 9, D., h. t. — Comp. art. 1628. — (35) L. 27, C., *De evict*, 21, 2. — (35 *bis*) Arg. L. 7, C., *Comm. utriusque jud.*, 3, 38, *verbis : evictionis promissionem solemnitate verborum, vel pacto promissam*, etc. — *Contra* Accarias, t. II, § 607, 2°, texte et note 3. Arg. L. 3, § 4, C., *Comm. de legat.*, 6, 43. — (36) L. 131, § 1, D., *De V. O.*, 45, 1. — Voyez aussi les textes cités par Maynz, t. II, p. 200, note 57. — (37) L. 74, § 2, L. 21, § 2, L. 62, § 1, L. 68, § 2, D., *De evict.*, 21, 2. — L. 4, § 2, L. 85, § 5, L. 139, D., *De V. O.*, 45, 1. — Comp. Pothier, *Vente*, nos 105, 111.

Digitized by Google

garantie ne peut lui être opposée que pour partie. Donc cette exception, et par suite l'obligation de garantie, sont divisibles dans ce cas (38).

4° Garantir l'acheteur à raison des vices cachés. (D., *De ædilitio edicto,* 21, 1. — C., *De ædilitiis actionibus,* 4, 58).

Historique. — La loi des XII tables, dans les ventes faites par mancipation, infligeait la peine du double du prix à celui qui avait faussement affirmé l'existence de qualités ou l'absence de défauts relativement à la chose vendue (39). La jurisprudence postérieure étendit cette disposition au cas où le vendeur avait sciemment caché les défauts de la chose (40). Le principe de la garantie à raison des vices se conserva lorsque la vente devint contrat consensuel ; puis les Édiles réglementèrent la matière ; les dispositions de leur Édit, d'abord restreintes aux ventes d'esclaves, de *jumenta* et de *pecora,* furent étendues à toutes les ventes, même à celles d'immeubles (41).

Actions créées par les Édiles : Action *redhibitoire,* ou bien action *quanti minoris,* au choix de l'acheteur.

a) Dans quels cas ces actions étaient-elles données ? — Il fallait : 1° Que la chose présentât des défauts prévus par l'édit, ou qui la rendaient impropre à l'usage auquel elle était destinée, ou enfin qui en diminuaient sensiblement la valeur (42). — 2° Que ces défauts existassent au moment de la vente et à celui de l'action (42 *bis*). — 3° Que l'acheteur les eût ignorés, et par conséquent qu'ils ne fussent pas apparents (43).

Le vendeur est encore tenu des vices dont il a garanti l'absence, et des qualités dont il a garanti la présence (*dicta et promissa*) (43 *bis*).

b) Effets de ces actions.

1° Action *redhibitoire* (44). — Cette action oblige le

(38) L. 14, C., *De reiv.*, 3, 32. — Pothier, *Vente,* n° 174. — (39) Cicér., *De officiis*, III, 16, 17 ; *De republica*, III, 19. — (40) Mêmes textes. — (41) L. 1, L. 63, D., h. t. — (42) L. 1, § 8, L. 17, § 14, D., h. t. — (42 *bis*) L. 54, L. 16, L. 17, § 17, D., h. t. — (43) L. 1, § 9, L. 14, § 10, D., h. t. — (43 *bis*) L. 18, pr., L. 19, § 2, D., h. t. — (44) L. 21, pr., D., h. t.

Digitized by Google

vendeur à remettre toutes choses dans l'état antérieur à la vente, et notamment à restituer le prix ; autrement il est condamné au double du prix et des accessoires (45). L'acheteur de son côté rend la chose et ses accessoires. — Cette action ne dure que six mois à partir du jour où l'acheteur a dû connaître le vice (46). — Elle cesse s'il a aliéné la chose, ou s'il l'a grevée de droits réels (47). — Elle ne peut être intentée qu'une seule fois.

2° Action *quanti minoris*. — Elle ne tend qu'à obtenir une diminution de prix (48). — Elle peut être intentée plusieurs fois, à raison de différents vices (49). — Elle dure une année (50).

Autres voies de recours ouvertes à l'acheteur : 1° Action *ex empto*, si le vendeur était de mauvaise foi (51). Avantages de cette action : elle est perpétuelle, fait réparer la totalité du dommage sans résoudre nécessairement la vente, et peut être intentée pour des vices non rédhibitoires (52). — 2° Action *ex stipulatu*, si la garantie des vices a été *stipulée ;* d'ailleurs on peut exiger du vendeur cette stipulation en ce qui concerne les vices prévus par l'édit : son refus donnerait immédiatement naissance aux actions édilitiennes (53). Enfin, s'il s'agit de vente d'esclaves, le vendeur doit promettre le double du prix, en cas de vices redhibitoires (53 *bis*).

Quid, si un tiers réclame une servitude réelle sur le fonds vendu ? — Points certains : le vendeur qui a caché l'existence de la servitude est toujours tenu *ex empto* (54) ; même de bonne foi il est tenu *ex empto*, lorsqu'il a vendu le fonds *ut optimus maximusque* (55) ; jamais il n'est tenu des servitudes qu'il a déclarées, ou que l'acheteur connaissait (56), ou qui étaient apparentes (57) ; enfin il n'est pas tenu, s'il a fait insérer sans dol la clause de non-garantie. *Quid* dans les autres cas ? Controverse. —

(45) L. 45, D., h. t. — (46) L. 19, § 6, D., h. t. — (47) L. 43, § 8, D., h. t. — (48) L. 32 § 1, D., *De evict.*, 21, 2. — (49) L. 31, § 16, D. — (50) Comp. at. 1641 à 1644 C. civ. modifiés par la loi du 20 mai 1838. — (51) P., II, 17, § 6. — (52) L. 1, C., h. t. — L. 4, § 4, D. — (53) L. 28, D. — (53 *bis*) L. 58, § 1, D. — (54) L. 1, § 1, L. 39, D., *De act. empti*, 19, 1. — (55) L. 59, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 48, L. 75, D., h. t. — (56) L. 1, § 1, D., *De act. empti*, 19, 1. — (57) Arg. L. 1, § 6, L. 14, § 10 D., h. t. — Comp. art. 1638, C. civ.

Digitized by Google

1er système : la servitude constitue un vice caché et par suite les actions édilitiennes sont possibles (58). — 2me système : c'est un cas d'éviction, et le vendeur ne doit pas *en principe* la garantie d'éviction à raison des servitudes réelles qui peuvent exister sur le fonds vendu (59).

5° Le vendeur est tenu de s'abstenir de tout dol. — Dans tout contrat de bonne foi cette obligation existe de plein droit, mais elle produit ici une conséquence remarquable, à savoir que très souvent le vendeur sera obligé de transférer la *propriété* de la chose vendue, et non pas seulement la *libre possession*. Différents cas. 1° S'il est propriétaire de la chose, il y aurait dol de sa part à retenir la propriété qu'il ne peut garder que dans une mauvaise intention, et d'ailleurs le meilleur moyen de procurer à l'acheteur la paisible possession de la chose, c'est de lui en transférer la propriété (60). — 2° Si le vendeur n'était pas propriétaire et que l'acheteur l'ignorât, il y a dol à ne pas l'avertir, le vendeur est donc tenu *ex empto* (61) ; si le vendeur était de bonne foi, alors seulement s'applique le principe qu'il n'est pas tenu de transférer la propriété (62). — Autres conséquences de l'obligation de s'abstenir de dol (63).

B) Obligations de l'acheteur, sanctionnées par l'action ex vendito *intentée par le vendeur* (D., *De actionibus empti et venditi*, 19, 1).

L'acheteur doit transférer au vendeur la propriété du prix (64). Il peut retenir ce prix jusqu'à la livraison (65). Dans les ventes au comptant, la propriété de la chose dont il reçoit tradition ne lui est transmise qu'après le paiement (66). L'acheteur mis en possession peut refuser de payer le prix par crainte d'éviction, s'il y a *quæstio mota* (67),

(58) Cic., *De oratore*, I, 39 ; *De officiis*, III, 16. — L. 61, D., h. t. — L. 15, § 1, D., *De evict.*, 21, 2. — (59) L. 59, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (60) P., I., 13a, § 4. — G., IV, § 131. — (61) L. 30, § 1, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 21, pr., D., *De evict.*, 21, 2. — (62) L. 30, § 1, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 25, § 1, L. 28, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 27, C., *De evict.*, 8, 45. — (63) L. 6, § 9, L. 1, § 1, L. 39, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 4, § 4, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1. — (64) L. 11, § 2, D., h. t. — (65) L. 13, § 8, L. 25, D., h. t. — L. 1, D., *De rer. permut.*, 19, 4. — (66) J., II, 1, § 41. — (67) V., § 12. — L. 18, § 1, D., *De peric. et com.*, 18, 6. — L. 24, C., *De evict.*, 8. 45. — Comp. art. 1653, C. civ.

Digitized by Google

c'est à-dire imminence d'un procès, ou s'il y a des hypothèques (68). — L'acheteur doit les intérêts du prix à partir de la livraison, que la chose soit frugifère ou non (69). — Il doit encore indemniser le vendeur de toutes les dépenses légitimes faites par celui-ci à l'occasion de la chose depuis la vente jusqu'à la tradition (69 *bis*).

APPENDICE I. — THÉORIE DES RISQUES. (J., III, 23, § 3. — D., *De periculo et commodo rei venditæ*, 18, 6. — C., *eodem*, 4, 48).

Lorsque la chose vendue périt, se détériore ou s'améliore par cas fortuit entre la vente et la tradition, le prix subit-il des variations? Le prix ne varie pas, l'acheteur doit toujours le payer, tandis que le vendeur est libéré par la perte de la chose (70); les *risques* sont donc pour l'acheteur, c'est-à-dire pour le *créancier de la chose* (71). — Objections de texte (72). Réfutation. — Objections d'équité. Réfutation. — Raison juridique de la solution donnée : les deux obligations corrélatives du vendeur et de l'acheteur, une fois nées, sont indépendantes l'une de l'autre. Donc l'obligation du vendeur peut disparaître (par la perte de la chose par exemple) mais l'obligation de l'acheteur subsiste. — Raison d'utilité pratique; si les risques étaient pour le vendeur, on ne connaîtrait le montant du prix qu'après la livraison, puisqu'il pourrait varier jusque-là.

Exceptions à ce principe. — 1° Clause dérogatoire (73). 2° Lorsque le vendeur est en demeure de livrer (74). 3° Dans le cas de vente sous condition suspensive. Développement : *a*) Perte totale *pendente conditione;* les risques sont pour le vendeur, car son obligation ne pouvant plus *naître*, faute d'objet, celle de l'acheteur ne *naît* pas non plus, faute de cause (75). — *b*) Perte partielle, détérioration. Les risques sont pour l'acheteur; *secus* en droit

(68) L. 5, C., *De evict.*, 8, 45. — L. 22, § 1, D., h. t. — (69) L. 13, §§ 20, 21, D., h. t. — L. 16, § 1, L. 18, § 1, D., *De usuris*, 22, 1. — L. 5, C., *De act. empti*, 4, 49. — P., II, 17, § 9. — V., § 2. — Comp. art. 1652. — (69 *bis*) L. 16, C., *De act. empti*, 4, 49. — (70) L. 23, D., *De V.O*, 45, 1. — L. 10, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (71) V., § 23. — L. 31, § 6, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 8, pr., D., h. t., etc. — (72) L. 33, D., *Locati*, 19, 2. — Comp. Cicer., *De officiis*, III, 16. — L. 15, § 2, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 11; D., *De evict.*, 21, 2. — L. 12, 13, 14, D., h. t. — L. 9, C., *De pign. act.*, 4, 24. — (73) J., III, 23, § 3, *in fine*. — (74) L. 4, C., h. t. — (75) L. 8, pr., D., h. t. — L. 10, § 5, D., *De jure dotium*, 23, 3. — V., § 23. — L. 4, C., h. t.

Digitized by Google

français, à cause de son droit de résilier le contrat (76). — Application de ces principes à quelques cas particuliers. Vente *per aversionem*, c'est-à-dire en bloc ; c'est une vente *pure*, risques pour l'acheteur (77). — La vente au poids ou à la mesure (78) et la vente *ad gustum* (79) sont considérées comme conditionnelles, les risques, même de perte partielle ou de détérioration, sont pour le vendeur.

Dans les cas où les risques sont pour l'acheteur, le vendeur, pour avoir droit au prix, doit démontrer le cas fortuit, livrer ce qui reste de la chose et les actions qu'il a pu acquérir depuis la vente à l'occasion de cette chose (80).

Remarque. — La théorie des risques s'applique à tous les contrats synallagmatiques dans lesquels *un corps certain* est dû moyennant une prestation corrélative (81) ; elle ne s'applique pourtant point lorsque l'obligation corrélative a pour objet des *prestations périodiques ;* la chose périssant, les prestations cessent d'être dues (82).

Appendice II. — Des droits et des garanties du vendeur non payé.

1° Droit de rétention avant la tradition et en cas de vente au comptant (1). — 2° Droit de revendication, si le vendeur a fait tradition et n'a pas suivi la foi de l'acheteur (2), ou s'il a fait le *pactum reservati dominii.* — 3° Action résultant du pacte de précaire ou du bail, si la tradition a été faite à l'un de ces titres. — 4° Pacte d'hypothèque, origine du privilège du vendeur en droit français (3). — 5° *Lex commissoria.*

La *lex commissoria* est une clause en vertu de laquelle la vente doit être *résolue* si le prix n'est pas payé au terme convenu (4). La résolution est encourue à l'arrivée du

(76) Voy. art. 1182 C. civ. — (77) L. 35, § 5, L. 62, § 2, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 1, § 1, *in fine*, L. 4, § 1, *initio*, D., h. t, — L. 2, C., h. t. — *Sic* art. 1586. — (78) L. 2, C., h. t. — *Sic* art. 1585. — (79) L. 1, pr., L. 4, pr., § 1, D., h. t. — *Sic* art. 1587. — (80) L. 3, § 4, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — Voy. art. 1303 C. civ. — (81) L. 5, § 1, D., *De præscriptis verbis*, 19, 5. — (82) L. 19, § 6, D., *Locati*, 19, 2. — Comp. C. civ., art 1769, 1770.

(1) L. 38, § 1, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1. — (2) J., II, 1, 41. — (3) L. 1, § 4, L. 2, D., *De rebus eorum*, 27, 9. — L. 34, D., *De rebus auctor. jud.*, 42, 5. — (4) Comp. art. 1656 et 1184 C. civ.

Digitized by Google

terme et sans sommation, si le prix n'a pas été *intégralement* payé (5). Elle n'est pas encourue si le défaut de paiement est dû à la faute du vendeur (6).

Effets de la *lex commissoria*. — *a*) *Inter partes :* le vendeur a le droit d'opter entre la résolution et le maintien du contrat (7). Il ne peut revenir sur son option une fois faite (8). L'acheteur doit restituer la chose *cum omni causa*, et même les fruits, excepté dans le cas où il a perdu une partie du prix (9). Le vendeur doit, sauf convention contraire, restituer les acomptes payés (controverse) (10), mais il garde les arrhes, les frais de vente, etc. Il doit indemniser l'acheteur de toutes les dépenses nécessaires et utiles jusqu'à concurrence de la plus-value (11). — *b)* Effets à l'égard des tiers (Voy. Résumé, t. 1, p. 174, n° 1.)

APPENDICE III. — DES VENTES CONDITIONNELLES.

A) Vente sous condition suspensive (Voyez plus haut, Stipulations, p. 42).

B) Vente sous condition résolutoire; clauses usitées. — 1° *Si displicuerit emptori, res erit inempta* (1). — 2° *Addictio in diem,* vente sous condition résolutoire pour le cas où le vendeur trouverait de meilleures conditions dans un certain délai (2). (Voy. Résumé, t. 1, p. 174 et 175). Le premier acheteur obtient la préférence s'il offre le même prix que le second (3). Cette clause pouvait aussi être insérée comme condition suspensive. — 3° *Lex commissoria;* renvoi plus haut, p. 58. — 4° Pacte de réméré. Le vendeur peut reprendre la chose en remboursant le prix et les frais (4). En droit romain, le délai du réméré n'est pas limité par la loi.

(5) L. 4, § 4, D., *De lege com.*, 18, 3. — L. 23, D., *De O. et A.*, 44, 7. — (6) L. 10, § 1, D., *De rescind vend.*, 18, 5. — (7) L. 41, D , *De minoribus*, 4, 4. — L. 2, D., *De lege com.*, 18, 3. — (8) L. 7, L. 6, § 2, D., *eod.* — L. 38, D., *De minor.*, 4, 4. — L. 4, C., *De pactis inter*, 4, 54. — (9) L. 4, pr., §§ 1, 4, D., *De lege com.*, 18, 3. — (10) L. 6, pr., L. 4, § 1, D., *eod.* — L. 6, C., *De pactis inter*, 4, 54. — (11) L. 14, D., *De mort. causa donat.*, 39, 6. — L. 16, D., *De in diem addict.*, 18, 2.

(1) L. 2, § 5, D., *Pro empt.*, 41, 4.— L. 3, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — J., III, 23, § 4. — (2) D., *De in diem addict.*, 18, 2. — (3) L. 6, § 1, L. 7 à 9, D., *eod.* — (4) L. 12, D., *Præscript. verbis*, 19, 5. — L. 2, C., *De pactis inter*, 4, 54.

Digitized by Google

Effets de la condition résolutoire en matière de vente.

1° Au point de vue du retour de la propriété. Autrefois la propriété ne revenait pas de plein droit au vendeur. *Secùs* sous Justinien, voyez Résumé, t. 1, p. 174 et 175.

2° Au point de vue des actions qui appartenaient au vendeur après l'accomplissement de la condition résolutoire. — *a)* Époque classique. Le vendeur n'a que des actions personnelles ; selon les Proculiens l'action *præscriptis verbis* (5), selon les Sabiniens l'action *venditi* (6) ; Alexandre Sévère admet les deux actions (7). Le vendeur aurait pu intenter aussi la *condictio sine causa* (8). — *b)* Époque de Justinien. Outre les actions précédentes, le vendeur a la revendication, action réelle, par conséquent un droit de suite et de préférence.

3° Au point de vue des risques. — *Quid* si la chose vendue périt par cas fortuit, puis que la condition résolutoire se réalise ensuite? Le vendeur devra-t-il rendre le prix, l'acheteur étant libéré de son obligation de rendre la chose ; en d'autres termes les risques sont-ils pour le vendeur ou pour l'acheteur ? — Deux systèmes :

1er système. Il faut considérer le vendeur sous condition résolutoire comme acheteur sous condition suspensive, et appliquer les règles établies dans ce cas (voy. plus haut, Appendice I). Donc en cas de perte totale, risques pour l'acheteur (considéré comme vendeur sous condition suspensive) ; par la même raison, en cas de perte partielle ou de détérioration, les risques seront pour le vendeur (considéré comme acheteur sous condition suspensive). — Remarque : si la condition résolutoire est potestative pour le vendeur : exemple : *lex commissoria, addictio in diem,* les risques, même de perte partielle, seront *en fait* pour l'acheteur, car dans le premier cas, le vendeur se gardera d'invoquer la résolution pour défaut de paiement, et dans le second *(addictio)* il ne trouvera pas un meilleur prix pour la chose détruite ou détériorée.

— (5) L. 12, D., *Præscript. verb.*, 19, 5. — (6) L. 6, § 1, D., *De cont. empt.*. 18, 1. — (7) L. 2, C., *De pactis inter*, 4, 54. — (8) Arg. L. 1, § 2, D., *De cond. sine causa*, 12, 7.

Digitized by Google

2° système. Les risques sont toujours pour le vendeur sous condition résolutoire (9). En effet, la *résolution* n'est pas une *revente*, comme le suppose à tort le système précédent. La condition n'a pas pour effet de *former* un contrat, comme dans le cas où elle est suspensive, mais bien de résoudre le contrat déjà formé et les obligations qui en dérivent. Or, l'existence d'un objet n'est pas nécessaire pour la résolution d'une obligation, tandis qu'elle est indispensable à sa formation. L'obligation de l'acheteur étant résolue, il a le droit de reprendre le prix, bien que la chose vendue, objet de son obligation éventuelle de restituer, ait péri. D'ailleurs l'obligation du vendeur de rendre le prix n'a pas du tout pour cause l'obligation de l'acheteur de restituer la chose (obligation éteinte par la perte de cette chose), mais l'obligation du vendeur est basée sur ce que, la vente étant résolue, il se trouve avoir reçu le prix *sans cause* (10). Explication des textes que l'on invoque à tort dans le premier système (11).

Résumé de la théorie des risques en cas de vente : 1° pure et simple; 2° sous condition suspensive; 3° sous condition résolutoire.

APPENDICE IV. — DE LA STIPULATION PRÉPOSTÈRE ET DE LA CONDITION RÉSOLUTOIRE DANS LES STIPULATIONS. (11 *bis*).

A) La *stipulation prépostère* (*si navis ex Asia* CRAS *venerit*, HODIE *dari spondes*) (12) est une stipulation faite (en apparence) sous condition *suspensive*, mais avec la clause singulière *d'exécution immédiate*, avant l'arrivée de la condition. Cette stipulation était autrefois annulée par les prudents à cause de cette clause qui met *avant* ce qui doit s'effectuer *après (præ post)* (13). Justinien la valide en retranchant l'exécution immédiate et en reportant cette exécution après l'arrivée de la condition.

Reste à expliquer pourquoi la pratique avait essayé, sans succès d'ailleurs, cette forme singulière. Nous croyons que c'était pour dissimuler une condition résolutoire sous la

(9) Bufnoir. *Condition*, p. 454 et s. — (10) Arg. L. 2, D., *De lege com.*, 18, 3. — (11) L. 2, § 1, L. 3, D,, *De in diem addict.*, 18, 2. — (11 *bis*) Pour le développement, voyez *Nouvelle Revue historique*, 1879. — (12) J. III, 19, § 14. — L. 25, C., *De testam.*, 6, 23. — (13) Arg. Théoph. III, 19, § 14. - 25 C., *De testam.*, 6, 23 et L. 64, D., *De V. O.*, 45, 1.

Digitized by Google

forme suspensive. En effet, la stipulation prépostère, exécutée de suite, suivant sa teneur, équivalait, *comme résultat,* à une obligation contractée sous la condition résolutoire inverse ; la condition ne se réalisant pas, l'obligation n'avait jamais existé et le débiteur pouvait répéter le paiement immédiat qu'il avait fait. Ce détour était nécessaire parce que, selon nous, la condition résolutoire ne pouvait figurer dans une stipulation.

B) De la condition résolutoire dans les stipulations.— Les stipulations ne pouvaient, selon nous, recevoir la condition résolutoire. Celle-ci n'est, en effet, qu'une condition suspensive portant sur la résolution du droit. Or, d'une part, rien ne peut faire qu'on n'ait pas été, à un moment donné, *obligé* en vertu des paroles solennelles de la stipulation ; la *convention résolutoire* peut bien, *jure prætorio,* faire cesser l'obligation pour l'avenir, mais non l'anéantir rétroactivement dans le passé, parce que la prononciation des paroles est un fait matériel que la convention ne peut effacer. D'autre part, la condition résolutoire ayant pour effet d'obliger éventuellement le créancier à restitution, ce résultat ne peut être atteint par un contrat strictement unilatéral, comme la stipulation, qui ne peut obliger que le promettant. Rien ne peut faire que la dette n'existât pas au moment où elle a été payée, c'est-à-dire immédiatement après la stipulation, donc aucune *condictio sine causa* n'est possible pour forcer le créancier à restituer. Il en est autrement dans les contrats consensuels ; le *consentement,* et non des paroles solennelles, étant alors la base unique du contrat, ce consentement, donné sous condition résolutoire, s'anéantit lui-même rétroactivement à l'arrivée de la condition, en sorte que l'obligation n'a jamais existé. Dans la stipulation au contraire, comme il s'agit, non d'un phénomène moral, comme le consentement, mais bien d'un fait physique, la prononciation des paroles, on comprend que cet anéantissement *rétroactif* ait été jugé inadmissible. Donc la condition résolutoire ne pouvait produire son effet dans la stipulation ; il fallait dès lors annuler cette stipulation, car la considérer comme pure et simple eût été par trop contraire à l'intention expresse des parties. Les Romains annulaient donc la stipulation sous condition ré-

Digitized by Google

solutoire ; ce qui le prouve, c'est la nullité de la stipulation prépostère qui n'est, selon nous, qu'une stipulation où la condition résolutoire a essayé de se déguiser habilement, mais sans succès, sous la forme licite de la condition suspensive inverse, jointe à la clause d'exécution immédiate — C'est à cause de cette nullité que l'on ne rencontre dans les textes *aucun exemple* de stipulation sous condition résolutoire. La L. 44, § 2, D., *De oblig. et act.*, souvent citée, n'en fournit point, elle prévoit le cas d'un *pacte* conclu *ex intervallo* dans le but de soumettre à une condition *suspensive négative* une stipulation faite antérieurement d'une manière pure et simple (13 *bis*).

APPENDICE V. — DE QUELQUES CLAUSES USITÉES EN MATIÈRE DE VENTE.

1° *Pactum protimeseos*, préférence donnée au vendeur en cas de revente (14). — 2° *Pactum de non alienando* (15). — 3° *Pactum reservati dominii;* malgré le terme accordé, il est convenu que la propriété n'est pas transférée (16). — 4° *Pactum reservatæ hypothecæ*, origine du privilège du vendeur (17).

APPENDICE VI. — DE LA RESCISION DE LA VENTE POUR CAUSE DE LÉSION (18).

Introduite par Dioclétien pour le cas où le vendeur aurait été lésé de plus de moitié. Exceptions aux cas de vente d'objets minimes, de vente aléatoire et de renonciation du vendeur *après* réception du prix. Cette rescision est fondée sur le motif que le vendeur pressé d'argent ne donne pas un consentement libre.

Nature juridique de la vente. — Contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, à titre onéreux, commutatif ou aléatoire.

(13 *bis*) Sur ce point nous sommes heureux de pouvoir invoquer l'adhésion du savant professeur d'Erlangen, M. von Scheurl, qui a bien voulu rétracter l'interprétation (généralement admise) qu'il avait donnée de ce texte dans son traité *Von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschæften*, Erlangen 1871, p. 117 à 121. — (14) L. 122, § 3, *initio*, D., *De V. O.*, 45, 1. — (15) L. 7, C., *De reb. alien. non alienandis*, 4, 41. — L. 75, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 135, § 5, D., *De V. O.*, 45, 1. — (16) L. 16, D., *De periculo*, 18, 6. — (17) L. 1, § 4, L. 2, D., *De reb. eor.*, 27, 9. — Art. 2102 4°, C. cv. et 2103 1°. — (18) L. 2, L. 8, C., *De rescind. vend.*, 4, 44. — C. civ. art. 1674.

Digitized by Google

§ 2. — DU LOUAGE. (J., III, 24. — D., *locati conducti*, 19, 2. — C., *De locato*, 4, 65.)

Le louage *(locatio conductio)* est un contrat par lequel une personne nommée *locator* s'oblige à faire jouir d'une chose une autre personne nommée *conductor*, ou à exécuter pour elle un travail, moyennant un prix que cette dernière s'oblige à lui payer.

Deux espèces de louage :

1° Louage des choses. — 2° Louage d'ouvrage (1).

Historique. — Le louage d'ouvrage était peu usité dans l'ancien droit romain, par suite de l'esclavage. Le louage des choses se faisait peut-être très-anciennement par mancipation fiduciaire (2). Puis il se fit par stipulations ; plus tard il devint contrat consensuel (renvoi plus haut, p. 28)

DU LOUAGE DES CHOSES.

I. *Éléments essentiels : consentement ; chose ; prix.*

A) Du consentement. — Renvoi à la vente.

B) De la chose. — On peut en général louer toute s. choses qui sont dans le commerce, sauf celles qui se consomment *primo usu* (à moins qu'on ne les loue *ad pompam et ostentationem)*, on ne peut louer les servitudes réelles séparément du fonds, mais on peut louer les servitudes personnelles, sauf l'usage (3).

C) Du prix. — Il devait être : 1° sérieux (4) ; 2° déterminé, renvoi à la vente (5) ; il devait consister en argent d'après les Proculiens, même controverse que pour la vente (6).

Le véritable *criterium* qui permet de distinguer le louage de la vente, c'est que le bailleur s'oblige à *faire jouir* le preneur de la chose louée pendant tout le temps convenu, d'où une différence pratique importante au point de vue des risques (6 *bis*).

(1) Voy. art. 1708 C. civ. — (2) Arg. G., III, § 146 cbn. avec L. 77, D., *De reg. juris*, 50, 17 et V., § 239. — (3) L. 44, D., h. t. — J., II. 5, § 5. — (4) L. 46, D., h. t. — (5) G., III, § 140. — J., III, 23, § 1 et J., § 1, *initio*, h. t. — (6) J., § 2, h. t. — L. 17, D., *De præscriptis verbis*, 19, 5. — (6 *bis*) G., III, §146. — Comp. J., § 3, h. t. — L. 39, L. 31, D., h. t. — L. 12, D., *De usuf.*, 7, 1. — Voy. aussi note 15 *infra*.

Digitized by Google

II. *Obligations et actions qui naissaient du louage des choses*

A) Obligations du bailleur (*locator*) sanctionnées par l'action *ex conducto*.

1° Le bailleur doit procurer continuellement au preneur la jouissance de la chose louée (*præstare re uti et frui licere*) (7), et par conséquent livrer et maintenir la chose en bon état de réparations. — 2° Garantir de toute éviction (8), et même des troubles de fait, *secus* en droit français (9). — 3° Garantir des vices cachés (9 *bis*). — 4° Rembourser au preneur les impenses nécessaires et utiles que le preneur aurait faites (10).

B) Obligations du preneur (*conductor*) sanctionnées par l'action *ex locato*.

1° Il doit se servir de la chose conformément à sa destination et veiller à sa conservation (11). — 2° Avertir le bailleur des usurpations commises par les tiers (12). — 3° Restituer la chose à la fin du bail, dans l'état où il l'a reçue, sauf les cas fortuits et les dégradations naturelles (13). — 4° Payer le loyer, sauf si les fruits manquent par force majeure (14): les risques sont donc toujours pour le bailleur (15).

III. *Extinction du louage des choses.*

1° Fin du bail, sauf tacite reconduction (16). — 2° Nécessité pour le bailleur de venir habiter la maison louée (17). — 3° Destruction ou grave détérioration de la chose (18) — 4° Abus de jouissance (19). — 5° Défaut de paiement du loyer pendant deux ans (20).

APPENDICE AU LOUAGE DES CHOSES. — DE L'EMPHYTÉOSE ET DE LA SUPERFICIE.

I

DE L'EMPHYTÉOSE

(D., *Si ager vectigalis*, 6, 3. — C., *de jure emphyteutico*, 4, 66.)

(7) J., § 3. — L. 19, § 2, L. 15, § 1, L. 25, D., h. t. — L. 6, § 2. D., *De precario*, 43, 6. — (8) L. 9. pr., L. 19, § 1, D. h. t. — (9) L. 33. *in fine* L. 34, D. — *Secus* art. 1725 C. civ — (9 *bis*) L 19, § 1, D, h, t, (10) L. 5, § 1, D. — (11) L 25, § 3, D. — (12) L. 13, § 7. *initio*. D. — Comp. C. civ. art. 1768. — (13 L. 25, C., h. t. — Comp. art. 1821, 1820 C. civ (14) L. 1, § 2, L. 7. D., h. t. — Comp. art. 1709 et s. — (15) L. 15. D. — (16) L. 13, L. 14, D. — Art. 1738 et 1736. — Art. 1776, 774. — Voy. aussi L. 1, § 1, D. — L. 7, C. — Art 1740 — (17) L. 3, C ; *secus*, art. 1761. — (18) L. 9 § 1, D. — (19) L. 54, § 1, L. 56, D. — (20) L. 9 C., h. t.

Digitized by Google

A) Historique (1). — Les immeubles de l'État, et surtout ceux des cités et autres personnes morales étaient souvent affermés par des baux perpétuels ou à très-long terme (2), ce qui facilite l'administration. Bientôt le droit de ce fermier se distingua de celui d'un fermier ordinaire : on lui attribua la possession juridique, par suite les *interdits* possessoires (2 *bis*), et même un droit réel et une action réelle (3). Il eut donc une espèce de propriété (4). Son droit passe à ses héritiers (5). Puis, nous rencontrons une lacune dans l'histoire de cette institution ; l'expression d'*ager vectigalis*, qui désignait l'immeuble ainsi affermé, est remplacée par celle de *jus perpetuum salvo canone*, ou de *jus emphyteuticum* (ἐμφυτεύω, planter) (6). Les particuliers firent aussi de nombreuses concessions emphytéotiques ; la misère des temps, la concentration de la propriété, l'étendue des domaines du fisc, amenèrent l'extension de cette institution sous le Bas-Empire. — Lois *de agro deserto* (7).

B) Nature du contrat d'emphytéose et du droit de l'emphytéote. — *a) Contrat d'emphytéose.* Controverses sur la question de savoir s'il constituait un louage (8). Intérêt de la question au point de vue des risques voy. plus bas texte et note 17). Zénon en fait un contrat *sui generis* (9). — *b) Nature du droit de l'emphytéote.* 1° Système des glossateurs : division du droit de propriété en domaine éminent, et domaine utile (emphytéose). — 2° Système de Cujas et de Donneau : l'emphytéose est une servitude personnelle *(jus prædii)* (10 et 11). — 3° Autres systèmes.

Remarque. — On ne peut établir l'emphytéose que sur des immeubles, et généralement des immeubles ruraux (12).

C) Etendue des droits de l'emphytéote. — Il jouit comme le propriétaire lui-même, mais il ne doit pas détériorer

(1) Appien. *Guerres Civiles*, I, 27. — *Scriptores rei Agrariæ*, p. 2, 205, 206. — (2) L. 1, D., h. t. — G., III, § 145. — (2 *bis*) Voy. Résumé t. I, p. 80, notes 40 à 42. — (3) L. 1, § 1, D. — L. 12, § 2, D., *De publ. in rem*, 6, 2. — (4) Place du titre : *Si ager vectigalis*, et L. 15, § 1, D., *Qui satisdare cog.* 12, 8. — ( ) L. 9, § 10, D., *Fam ercis.*, 10, 2. — (6) L 3, § 4, D., *De reb eor.*, 27, 9. — (7) L. 7, L. 11, C., *De omni agro deserto*, 11. 58. — (8) G., III. § 145. — J., § 3. — (9) L. 1. C., h. t. — (10 et 11) L. 3. § 4, D., *De rebus eorum*, 27, 9. (1) L. 15, § 26, D., *De damno infecto*, 39, 2. — N. 7, cap. 3, §§ 1, 2. — N. 120, C. 1, 2. —

Digitized by Google

le fonds. Son droit, transmissible aux héritiers (13), est même cessible, moyennant le paiement du cinquantième au propriétaire et sauf le droit de préemption de ce dernier (14). L'emphytéote peut grever son droit d'hypothèques ou de servitudes (15). Il fait les fruits siens par la séparation (16).

D) Obligations de l'emphytéote. Payer la redevance (*vectigal, canon, pensio*, etc.), supporter les impôts, cultiver en bon père de famille et rendre le fonds non détérioré à l'expiration du bail, s'il est temporaire. Les risques de perte partielle et de détérioration, mais non ceux de perte totale, sont à sa charge après Zénon (controverses antérieures) (17). Enfin s'il aliène son droit, il doit payer le *laudemium*.

E) Modes d'établissement de l'emphytéose. — 1° Contrat; pour constituer le *droit réel* d'emphytéose, il fallait en outre la tradition, malgré la majorité des auteurs. — 2° Par testament. — L'emphytéose ne s'établit point par prescription (controverse) (18).

F) Extinction du droit de l'emphytéote. — 1° Modes d'extinction : perte totale, expiration du bail, confusion, usucapion de la liberté du fonds. — 2° Modes de déchéance : vente à l'insu du propriétaire, défaut de paiement du loyer pendant trois ans.

G) Actions : 1° Interdits possessoires. — 2° Actions confessoires et négatoires utiles, ou publiciennes de ces mêmes actions (19).

Aperçu de l'histoire de l'emphytéose et des institutions analogues au moyen-âge.

Sous le Code Civil, l'emphytéose ne peut plus exister à titre de droit réel immobilier, et l'emphytéote doit être assimilé, en principe, au fermier (20).

Comparaison de la situation juridique :

1° De l'usufruitier et du locataire;

2° Du locataire et de l'emphytéote;

(13) L. 7, D., *Comm. divid.*, 10, 3. — (14) J., § 3. — L. 3, C., h. t. — (15) L. 1, D., *Quib. mod. usuf.*, 7, 4. — V., § 61. — L. 31, D., *De pignor*, 20, 1. — (16) L. 25, § 1 D., *De usuris*, 22, 1. — (17) J., § 3. — L. 1, C., h. t. — (18) L. 12, § 2, D., *De publiciana*, 6, 2. — L. 15, § 7, D., *De damno infecto*, 39, 2. — L. 9, D., *De usucap.*, 41, 3. — (19) L. 51, § 1, L. 56, D., h. t. — (20) L. 9, C., h. t.

Digitized by Google

3° De l'usufruitier et de l'emphytéote.

II

DE LA SUPERFICIE

(D., *De superficiebus*, 43, 18).

En droit civil, *superficies solo cedit* (voy Résumé, t. 1, p. 107, texte et note 20), mais le droit prétorien admit qu'on pouvait constituer un droit réel distinct sur les constructions.

Historique, notions générales. — Constructions sur le domaine public à charge de payer le *solarium* (1). Interdit *de superficiebus* pour protéger le superficiaire (2). Enfin on lui accorda une action réelle (3). Le *contrat* de superficie peut être une vente ou un louage, mais l'action réelle n'est donnée au superficiaire qu'en cas de vente, ou de très long bail (4).

Droits du superficiaire. — Ses droits sont aussi étendus que ceux de l'emphytéote; il peut le transmettre à ses héritiers, l'aliéner, le grever d'hypothèques et de servitudes (5). Selon nous, le superficiaire n'a pas la possession juridique, mais la quasi-possession (6).

Les obligations du superficiaire sont les mêmes en principe que celles de l'emphytéote. — Mêmes modes d'acquisition. — La superficie s'éteint à la fin du bail et lorsque le superficiaire ne paie plus la redevance.

Actions. — 1° Interdit *de superficiebus*. — 2° Action réelle (7).

DU LOUAGE D'OUVRAGE OU DE TRAVAIL. (D., *Locati, conducti*, 19, 2).

Notions générales. — Quels sont les services pouvant faire l'objet de ce contrat? Il fallait que le service ne consistât pas à accomplir un *acte juridique ;* qu'il s'appliquât à une chose, (le fils de famille peut être considéré comme *une chose* à ce point de vue) (1); enfin, que la valeur du service rendu fût appréciable en argent (2). En outre, il y a

(1) L. 2, § 17, D., *Ne quid in loco publico fiat*, 43, 8. — (2) D., h. t. — (3) L. 1, § 3, D., h. t. — (4) Même texte. — (5) L. 1, §§ 7, 6, 9, D., h. t. — (6) L. 86, § 4, D., *De legat.* 1°. 30. — Arg. L. 3, § 7, D., *Uti possidetis*, 43, 17. (7) L. 1 § 3, D., h. t. — L. 12, § 3, D., *De publ. in rem*, 6, 2. — L. 1, § 4, D., h. t.

(1) L. 13, § 4, D. — (2) L. 1, D., *De extraord. cogn.*, 50, 13. — L. 7, § 8, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2.

Digitized by Google

des professions dont les services ne donnent lieu à aucune action en justice pour obtenir rémunération (3).

Distinction de la *locatio operarum* et de la *locatio operis faciendi*. Divers *criteria* proposés (4). Le plus important consiste en ce que, dans la *locatio operis faciendi*, ou livre à l'ouvrier *une chose* sur laquelle il doit exercer son industrie.

Intérêts de la distinction entre ces deux espèces de louage d'ouvrage.

1° Dans la *locatio operarum*, les Romains considèrent avec raison que les services constituent la chose louée, que par suite l'ouvrier est le *locator*. — Dans la *locatio operis faciendi* au contraire, ils voient dans l'ouvrier le *locataire (conductor) de la chose qui lui était remise pour qu'il la travaillât*. — Cas où l'on pouvait se demander s'il y avait *locatio operarum* ou *locatio operis faciendi* (5).

2° Dans la *loctaio operarum*, l'ouvrier ne pouvait se substituer un autre artisan (6); *secùs* dans la *locatio operis faciendi*.

3° La *locatio operarum* s'éteint par la mort de l'ouvrier ; *secus*, selon nous, de la *locatio opéris faciendi* (7).

4° Intérêts quand à la théorie des *risques*. — *a) Locatio operarum* ; le salaire est-il dû, bien que le service n'ait pas pu être exécuté complètement par suite d'un cas fortuit? — Si le cas fortuit se produit dans la personne de l'ouvrier, les risques sont pour lui (8) ; si c'est dans la personne du maître, les risques sont pour ce dernier, en principe (9). — *b) Locatio operis faciendi*. Exemple : la maison bâtie par l'ouvrier périt en tout ou partie ; *en droit* les risques sont pour le maître (10), mais, *en fait*, ils seront souvent pour l'ouvrier, car si l'ouvrage périt avant d'avoir été reçu, ou avant que le maître ne fût en demeure de le

(3) L. 1, §§ 4, 5, D., *De extraord. cogn.*, 50, 13. — (4) L. 5, § 1. D., *De V S.*, 50, 16. — L. 11, § 3, L. 13, §§ 1, 3, L. 30, § 3, L. 36. D., h. t. — (5) L. 1, § 1, D., *De præscript. verb.*, 19, 5. — (6) L. 26, § 1 *i*, D., *De cond. indeb.*, 12, 6., L. 13, § 1 D., h. t. — L. 31, D., *De solut.*, 46, 3. — (7) Arg. mêmes textes. — (8) L. 15, § 6, D, h. t. — *Non obstat*, L. 38, § 1 D., h. t., obn. avec L. 1, § 13, D,. *De extraord. cogn.*, 50, 13. — (9) L. 19, §§ 9, 10, D., h. t. — (10) L. 59, D., h. t.

Digitized by Google

recevoir, les risques sont pour l'ouvrier à moins qu'il ne prouve que l'ouvrage était bien fait, ce qui sera parfois difficile (11). Le Code civil, plus rigoureux encore, exige que l'ouvrier prouve que la perte est due au *vice de la matière*, sans quoi les risques sont toujours pour lui (12).

Distinction de la locatio *operis faciendi* et de la *vente conditionnelle* (13).

Hypothèses exceptionnelles où, dans le louage, la propriété d'une chose est transférée (14).

Si l'on a remis à l'ouvrier un objet pour le travailler, *sans que le prix du travail ait été fixé à l'avance*, selon les Sabiniens il y a louage, selon les Proculiens et Justinien, il y a un contrat réel innommé (15):

Nature juridique du contral de louage. — Consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, à titre onéreux, commutatif.

§ 3. De la société. — (J., III, 25. — P., II, 16. — D., *Pro socio*, 17, 2. — C., *eod.* 4, 37).

I. *Notions générales.* — La société est un contrat par lequel plusieurs personnes s'obligent à mettre quelque chose en commun pour leur avantage réciproque et dans un but licite.

Particularités de ce contrat. — 1° Identité des obligations de toutes les parties. — 2° Les Romains considèrent qu'il doit exister une sorte de fraternité entre associés (1). — 3° La société est toujours contractée *intuitu personæ*.

II. *Éléments essentiels de la société.*

A) Consentement ; il distingue, en général, la société de la *communauté* ou *indivision* (2). Controverses anciennes sur l'admissibilité de la condition (3).

B) Apport ; il peut consister même en industrie (4).

C) But licite (5).

(11) L. 36. L. 37, L. 59, L. 62, D., h. t. — (12) Art. 1790. — (13) G., III, § 147. — J., § 4, h. t. — L. 31, D — L. 20 *in fine*. D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (14) L. 31, D., h. t. — (15) G., III, § 143. — J., § 1, h. t. — Comp. L. 22, D., *De præs. verbis*, 19, 5.

(1) L. 63, D., h. t. (2) L. 31, L. 32, L. 33, D. — (3) L. 6, C., h. t. — (4) J., § 2. — L. 80, L. 3, § 2, D. — (5) L. 31, D.

Digitized by Google

D) Résultat commun. Il n'est pas nécessaire qu'il consiste en *des bénéfices* à réaliser, il suffit qu'il s'agisse d'un avantage commun (6).

III. *Des diverses espèces de sociétés.*

a) Societas universorum bonorum, compremant l'actif et le passif présent et avenir des associés (7), sauf les dettes qui pourraient naître des délits d'un des associés (8). — *b) Societas universorum bonorum quæ ex quæstu veniunt;* même composition de patrimoine que la précédente, sauf que cette société ne comprend pas la nue-propriété des biens présents, ni celle des biens à venir acquis à titre gratuit (9), et qu'elle exclut les dettes correspondantes (10). — *c) Societas negotiationis alicujus* (11), embrassant un ensemble d'opérations de même nature, ex. : commerce d'esclaves. — *d) Societas unius rei*, ayant pour objet une ou plusieurs opérations déterminées à l'avance (12). — *e) Societas vectigalis*, société de *publicains*. C'est une société *negotiationis alicujus* ayant pour but d'exploiter la ferme des impôts et soumise à des règles particulières (13).

Les sociétés, en droit romain, sont-elles des *personnes morales* (13 bis) ? Intérêts de la question.

a) Si elles ne sont pas personnes morales, les créanciers sociaux ne seront pas préférés, sur les biens sociaux, aux créanciers personnels des associés. — *b)* Lorsqu'un débiteur de la société se trouve en même temps créancier d'un des associés, la compensation sera possible pour la part de cet associé dans la créance sociale. — Les sociétés ne sont pas des personnes morales (14), à moins d'un acte législatif (15).

Quid en droit français, pour les sociétés civiles ?

IV. Effets de la société.

(6) L. 52, §§ 12, 13, D., h. t. — *Secus* art. 1832. — (7) J., pr. — L. 3, pr., L. 52, § 16, L. 74, D., h. t. — Comp. art. 1526. — Voy. aussi *Laudatio funebris Thuriæ*, Giraud, *Enchy.*, p. 610 et s. — L. 16, § 3, D., *De alimentis legat.*, 34, 1. — (8) L. 52, §§ 17, 18, L. 53 et s. D., h. t. — (9) L. 7, L. 8, L. 9, L. 11, L. 1, L. 22, § 8, L. 71, § 1, D., h. t. — L. 45, § 2, D., *De adq. vel om. hered.*, 29, 2. — (10) L. 11 à 13, D., h. t. — Comp. C. civ., art. 1837. — (11) J., pr. h. t. — (12) L. 2, C., h. t. — (13) L. 3, D., h. t. — (13 bis) Comp. Résumé, t. I. p. 67 *in fine* et 68. — (14) L. 6, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — L. 68, pr., L. 74, L. 89, D., h. t. — *Non obstat* L. 22, D., *De fidejus.*, 46, 1. — (15) L. 1, pr., D., *Quod cujus. universit.*, 3, 4.

Digitized by Google

1° *Relations des associés entre eux.*

A) Comment déterminer les parts dans le gain et dans la perte (16)? A défaut de convention les parts seront *égales* (17). En cas de convention à cet égard, on l'observe, si elle est licite. On peut convenir licitement que les parts seront inégales dans le gain et dans la perte, pourvu que le calcul se fasse sur le résultat de toutes les opérations additionnées (18), mais non si l'on calculait sur chaque opération séparément. On peut convenir que l'un des associés ne prendra pas part à la perte (18 *bis*). On ne peut donner à l'un le gain, à l'autre la perte (société *léonine*) 19). La fixation des parts peut être laissée à l'arbitrage d'un tiers, ou même de l'un des associés 20), mais la décision, si elle était évidemment inique, serait réformée par la justice (21).

B) Obligations entre associés.

a) Obligations de chaque associé. — 1° Fournir *l'apport* promis, et par suite transférer aux autres associés la copropriété des objets apportés. Dans la société *universorum bonorum*, la copropriété des biens présents de chaque associé est transmise de plein droit aux autres, par l'effet d'un constitut possessoire (22). — 2° Communiquer aux autres associés les bénéfices réalisés. — 3° Réparer le préjudice causé par sa faute (23). — 4° Garantir la société de l'éviction et des vices cachés de l'apport.

b) Obligations de la société, c'est-à-dire de l'ensemble des associés : indemniser chaque associé des obligations qu'il a contractées et des pertes qu'il a subies en agissant pour le compte de la société (24).

c) Actions. — Action *pro socio*, ses caractères : chaque associé jouit du *bénéfice de compétence* (25) ; la condamnation entraîne l'infamie (26). L'action *pro socio* sanc-

(16) J., §§ 1, 2, 3. — G., III, §§ 149 et s. — (17) J., § 1. — G., III, § 150. — L. 29. pr., D., h. t. — *Secus* art 1853. — (18) J., § 2, 3. — G., III, § 149 — (18 *bis*) G., III, § 149. — (19) L. 29, § 2, D., h. t. — (20) L 6, D., h. t. — Comp. L 7, pr., D., *De comt. empt.* 18, 1. — (21) L. 75 à 80, D. h. t. — Comp L. 15, C., *de cont. empt.*, 4, 5. — (22) L. 1, § . L. 2, L. 73, L 74, D — (23) J., § 9. — L. 52, §§ 1, 2, D. — (24) L. 60, § 4, L. 61, L. 67, D. — (25) J, IV. 6, § 28. — L. 63, pr., L. 67, § 3, D., h. t. — (26) J., IV, 16. § 2. — L. 1, *initio*. L. 6, *in fine*, D., *De his qui notantur*, 3. 2. — L. 22, C., *ex quib. causis infamia*, 2, 12.

Digitized by Google

tionne les obligations nées du contrat de société (27) ; le partage après dissolution sera demandé par l'action *communi dividundo*, qui d'ailleurs peut aussi servir à sanctionner les obligations des associés pourvu qu'elles se rapportent aux choses objets du partage (28).

2° *Relations de la société* (c. a. d. de l'ensemble des associés) *avec les tiers.*

S'il n'y a pas de gérant, tout associé peut gérer, mais le gérant ou l'associé agissent en leur nom personnel vis-à-vis des tiers ; ils ne représentent pas la société. — Relations de la société avec l'associé d'un associé (croupier). Explication de la maxime : *socii mei socius, socius meus non est* (29).

V. Dissolution de la société (30). 1° *Ex tempore*, expiration du temps fixé pour sa durée. — 2° *Ex personis* mort (31), *max.* ou *media cap. dim.*, *venditio bonorum.* — 3° *Ex rebus*, perte de la chose ou fin de l'affaire objet de la société. — 4° *Ex voluntate* ; la *renuntiatio* ne doit être ni frauduleuse, ni intempestive (32). — 5° *Ex actione*, lorsque l'action *pro socio* est intentée.

Nature juridique du contrat de société.

Consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, à titre onéreux, commutatif.

§ 4. Du mandat. — (J., III, 26. — D., *mandati vel contra*, 17, 1. — C., *eod*, 4, 35).

I. *Notions générales.* — Le mandat est un contrat par lequel le mandant donne mission de faire quelque chose pour lui, à un mandataire qui s'en charge gratuitement. — Etymologie (1). — Caractères de ce contrat : c'est un acte de *confiance*, le mandataire infidèle est noté d'infamie (2).

II. Eléments essentiels de ce contrat.

A) Le consentement ; il peut être donné même tacite-

(27) L. 52, §§ 3, 4, L. 65, § 15, L. 74, D., h. t. — (28) L. 38, § 1, D., h. t. — (29) L. 29, L. 19 à 23, D., h. t. — (30) J., §§ 4 à 9, h. t. — G., III, §§ 151 à 155. — L. 4, § 1, L. 63, §§ 10 et s., D., h. t. — (31) L. 59, L. 63, § 8, D. — (32) L. 65, § 3, § 5, D., h. t. — J., § 4.

(1) Plaute, *Captiv.* II, 3, v. 82 et s. — (2) J. IV, 16, § 2. — L. 1, §§ 5, 6, 7, D., *De his qui notantur*, 3, 2.

Digitized by Google

ment (3).

B) Une affaire possible et licite (4).

C) Fallait-il qu'elle intéressât personnellement le mandant (5)? Selon nous, cela n'est pas absolument nécessaire, le mandat dans l'intérêt d'un tiers étant valable. (Voy. plus bas texte et notes 18, 19, 20.)

D) En quoi peuvent consister les services du mandataire? En tous les faits qui peuvent être *loués*, et de plus en des actes juridiques (6); mais *quid* des services non-appréciables en argent? Controverse (7).

E) Il faut que la gestion soit gratuite, en ce sens qu'aucune rénumération ne peut être demandée par l'action *mandati contraria* (8). Si on en a promis une, elle pourra être réclamée au moyen d'une *cognitio extraordinaria* (9). Dans ce cas, l'intention des parties permettra seule, selon nous, de distinguer le mandat d'un louage de services (10).

Des Modalités. — On peut donner mandat à terme ou sous condition (11), mais non pas *post mortem procuratoris* (12). Le mandat à exécuter *post mortem mandantis* est valable sous Justinien, il l'était dans certains cas seulement à l'époque classique (13).

III. Des diverses espèces de mandat.

A) Au point de vue de l'étendue des pouvoirs du mandataire. — Mandat général. Le mandataire général peut aliéner à titre onéreux lorsqu'il a reçu la *libera administratio* (14). — Mandat spécial.

B) Au point de vue des personnes intéressées dans le mandat.

1° Mandat dans l'intérêt du mandant.

2° Mandat du mandant et du mandataire ; trois cas (15) :

(3) L. 60, D., *De reg. jur.*, 50. 17. — *Secus* art. 1985 et 1372 ; controverse. — (4) J., § 7. — G., III, § 157. — (5) Voy. Maynz, t. II, § 05, n° 2. — (6) L. 5, § 2, D., *De præs. verb.*, 19, 5. — Arg. L. 8, 5 et 27, § 1, D., h. t. — (7) V. Accarias, t. II, § 630. — Maynz, t. II, § 30, note 20 — (8) L. 1, § 4 D., h. t. — (9) L. 1. C., h. t. — L. 1, D., *De extraord. cogn.*, 50, 13. — *Non obstat* L. 6. pr., D., h. t. — (10) Comp. Accarias t. II n° 630. — Voy. L. 10, § 9, D., h. t. — (11) J., § 2. — (12) G., III. § 158. — (13) G., III, § 117. — L. 12, § 17, L. 13, D., h. t. — Comp. Accarias, t. II, § 63[illegible] *in fine*, L. 27, § 1, D., h. t. — L. 14, § 2, D., *De religiosis*, 11, 7 — Comp. art 1025 et 1036. — (14) L. 63. D., *De pr cur.*, 3, 3. — J., II, 1, §, 43. — L. 58, D., *De procur.*, 3, 3. — L. 9, § 4, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — (15) J., § 2 h. t.

Digitized by Google

a) Mandat de prêter de l'argent à intérêts au créancier du mandant. — *b)* Mandat donné par la caution *(fidejussor)* au créancier d'agir contre le débiteur principal aux risques de la caution. Le mandat intéresse la caution (mandant) qui évite un déboursé ; il intéresse aussi le créancier (mandataire) qui pourra, par l'action *mandati contraria, poursuivre la caution, après avoir poursuivi le débiteur* par l'action de la créance, ce qu'il n'aurait pu faire auparavant, parce qu'en poursuivant le débiteur principal, il éteint l'action de sa créance contre la caution. Comme cette extinction n'a plus lieu sous Justinien, ce mandat ne présente plus d'intérêt pour le mandataire (créancier), et par suite les Institutes ont tort de citer cet exemple (16). De plus, depuis la Novelle 4 qui donne à la caution le bénéfice de discussion, ce mandat ne présente plus même d'intérêt pour le mandant (la caution) (17). — *c)* Un individu délègue son débiteur à son créancier, et donne à ce créancier *mandat d'accepter cette délégation*, aux risques du mandant (du débiteur qui délègue). — Ce mandat intéresse le mandant (le débiteur délégant), qui évite un déboursé, et ausssi le mandataire (le créancier) qui, s'il n'est pas payé par le délégué, pourra, par l'action *mandati contraria*, se retourner contre le mandant (le débiteur délégant) et acquiert ainsi deux débiteurs au lieu d'un (17 *bis*).

3° Mandat dans l'intérêt d'un tiers ; si le mandant n'a pas d'intérêt dans l'affaire (voyez *supra* 1°), on dit en général que le mandat n'est pas valable. Cependant, s'il a été exécuté, il créera action au profit du mandataire contre le mandant (18). Il faut même aller plus loin et dire que toutes les fois que l'on donne *mandat* (et non pas seulement *conseil)* à une personne de faire une chose qu'elle n'eût pas faite sans cela, on est responsable des conséquences et exposé à l'action *mandati contraria* (19), bien qu'on n'eût aucun intérêt dans l'affaire (20).

4° Mandat dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, ex. :

(16) N. 4. — (17) L. 28, C., *De fidejussoribus*, 8, 41. — (17 *bis*) J., § 2. h. t. — (18) J., § 3, h. t. — G., III, § 155. — L. 2, §§ 2, 5, *in fine*, L. 6, 4, D., h. t. — (19) L. 6, § 4, D. — (20) *Non obstat*, L. 28, D., *De neg. gest.*, 3, 4.

Digitized by Google

mandat de gérer une affaire indurse entre le mandant et un tiers (21).

5° Mandat dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers ; ex. : mandat de prêter de l'argent *à intérêt* à un tiers (22).

6° Mandat dans l'intérêt du mandataire seul ; il est nul (23).

IV. Effets du mandat. A) Entre le mandataire et les tiers, le mandat ne produit aucun effet ; le mandataire n'en devient pas moins personnellement créancier ou débiteur, comme s'il agissait pour son propre compte (24).

B) Entre le mandant et les tiers. En cas de tradition faite par le mandataire, la propriété passe *directement* du *mandant* à *l'accipiens*. (Voy. Résumé, t. I, p. 132, texte et note 17 ; p. 135, texte et note 44). Mais en matière d'obligations (créances acquises ou dettes contractées par le mandataire), le mandat ne crée aucun lien entre le mandant et les tiers (principe de la non-représentation). Dérogations subies par ce principe : le *cognitor* (sorte de mandataire *ad litem*) représente le mandant en justice. — Mandat d'acquérir une créance : le Préteur donna au mandant contre les tiers qui s'étaient obligés envers le mandataire les actions acquises par le mandataire, actions qu'il est désormais de plein droit censé avoir cédé au mandant (actions *utiles, quasi ex jure cesso)* (25). — Mandat de s'obliger. Outre les actions prétoriennes *exercitoires* et *institoires*, données aux tiers contre le mandant dans des cas spéciaux (26). le droit civil accorda aux tiers, envers lesquels le mandataire s'était obligé, la *condictio sine causa* contre le mandant, dans la mesure de son enrichissement (27) ; enfin le Préteur leur donna contre le mandant les actions mêmes qu'ils avaient acquises contre le mandataire, comme si ce dernier les leur avait cédées (actions *utiles, quasi ex jure cesso)* (28).

C) Entre le mandant et le mandataire.

(21) J., § 4 — (22) J., § 6. — G., III, § 156. — (23) Mêmes textes. — (24) Comp. C. com., art. 91. — (25) L. 8 § 10 *in fine*, L 10, § 6, L. 43, L. 59, pr., D., h. t. — L. 49, § 2, D., *De adq. pos*, 41, 2. — L. 27, § 1, L. 28, L. 6, D., *De procur.*, 3 3. — L. 13, § 25, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 5, D., *De stip. prætor.*, 46, 5. — (26) J., IV, 7, § 8. — (27) J., IV, 7, § 8. — (28) L. 9. pr., D., *De instit. act.*, 14, 3. — L. 10, § 5, D., h. t. — L. 13, § 25, D., *De act. empti*, 19, 1.

Digitized by Google

1° Obligations du mandataire, sanctionnées par l'action *mandati directa*. — *a)* Exécuter le mandat dans les limites où il a été donné (29). Si le mandataire a excédé les limites du mandat, ex. : s'il a acheté plus cher qu'il ne devait le faire, le mandant est cependant tenu, dans l'opinion des Proculiens qui l'emporta, mais, bien entendu, seulement dans les limites de son ordre (30). — *b)* Donner ses soins à l'affaire. De quelle faute est-il tenu ? Renvoi à la théorie des fautes.

2° Obligations du mandant, sanctionnées par l'action *mandati contraria* (31). — *a)* Indemniser le mandataire des avances qu'il a faites, et aussi des pertes qu'il a subies par une suite *directe* de sa gestion (32). — *b)* Décharger le mandataire des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat (33).

V. *Extinction du mandat* (34). — 1° *Voluntate:* — *a)* Volonté du mandant. En principe le mandant peut révoquer le mandat *ad nutum*, sauf le cas de *procuratio in rem suam*, et celui de l'*adjectus solutionis gratia*. — *b)* Volonté du mandataire. Il faut qu'il av rtisse le mandant, et, en principe que sa renonciation ne soit pas intempestive (35). — 2° *Mort*. — *a)* Mort du mandant. Le mandataire gère valablement tant qu'il ignore la mort du mandant ; il doit en tous cas faire ce qui est urgent. — *b)* Mort du mandataire. Les héritiers du mandataire doivent faire ce qui est urgent et prévenir le mandant.

Nature juridique du mandat

Contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique imparfait, à titre gratuit.

Appendice. — *De quelques espèces de mandat en particulier*.

1° *Mandatum pecuniæ credendæ* (renvoi à la fidéjussion). — 2° *Procuratio in rem suam* (renvoi à la cession de créance). — 3° Mandat *ad litem* (renvoi à la procédure). —

(29) J., § 1, h. t. — (30) J., § 8. — G., III, § 161. — L. 3, § 2, L. 4, D., h. t. — (31) P., II, 15, § 2. — L. 10, § 9, L. 12, § 9, L. 27, § 4, D., h. t. — L. 1, C., h. t. — (32) L. 26, §§ 6, 7, L. 61, § 5 D., *De furtis*, 47. 2. — (33) L. 15, pr., §§ 2, 3, 5, D., h. t. — (34) J., §§ 9, 10, 11, h. t. — G., III, §§ 159, 160. — (35) L. 22, § 1, L. 23, 24, 25, 27, D., h. t. — P., II, 15, 1.

Digitized by Google

4° Du *receptum arbitrium* (compromis). Ce n'est pas un mandat véritable. (Renvoi aux pactes prétoriens.)

SECTION IV. — *Des contrats qui se formaient* RE (J., III, 14.)

Notions générales. — Le contrat réél est celui qui a pour *causa civilis* une prestation accomplie par l'une des parties au profit de l'autre, dans le but convenu d'obtenir en échange une prestation réciproque que l'autre partie se trouve dès lors *obligée* d'effectuer. — Historique. (Voy. plus haut, p. 27 et 28 *initio.*) Du contrat de fiducie (1). Ses applications en matière de gage, de dépôt. Lorsqu'une chose avait été mancipée, et que *l'accipiens* avait pris en même temps l'engagement de la restituer, la loi des XII tables sanctionnait cette obligation par l'action *fiduciæ*, action de bonne foi *(ut inter bonos bene agier*, lisait-on dans la formule) (1 *bis*).

Division des contrats réels. 1° Contrats réels *nommés (mutuum, commodatum, depositum, pignus)*, ainsi appelés parce qu'ils sont, à l'époque classique, sanctionnés chacun par une action spéciale. — 2° Contrats réels *innommés*, désignés ainsi non point par ce qu'ils n'auraient pas chacun un *nom* spécial, mais parce qu'ils sont tous sans distinction sanctionnés par une action qui leur est commune, l'action *præscriptis verbis*.

SOUS-SECTION I. — *Des contrats réels nommés*

§ 1. — DU MUTUUM. (D., *De rebus creditis*, 12, 1.)

Notions générales. — Le *mutuum*, prêt de consommation, est un contrat par lequel le *prêteur* transfère à *l'emprunteur* la *propriété* de choses considérées comme fongibles, à la charge par l'emprunteur de lui restituer ultérieurement des choses de la même espèce en même quantité et de la même qualité (2). A l'origine, le *mutuum* était toujours accompagné d'une *stipulation* qui seule formait l'obligation (2 *bis*) ; cet usage subsista, même

(1) G., II, §§ 59, 60. — P., II, 13, §§ 1 et s. — L. 48, D., *De pactis*, 2, 14, (lisez : *in mancipationibus*). — (1 *bis*) Cicéron, *Top.*, 7 ; *De off.*, III, 15. — (2) Comp. C. civ, art. 1892 à 1915. — (2 *bis*) Voy. plus haut p. 27, texte et note 6.

Digitized by Google

après que l'on eut reconnu que le *mutuum* était obligatoire par lui-même.

I. Éléments essentiels du mutuum.

A) Il faut que le prêteur transfère à l'emprunteur la *propriété* des choses prêtées. Par suite, il faut : 1° que le prêteur soit propriétaire des choses prêtées (3) ; — 2° qu'il soit capable d'aliéner (4) ; — 3° qu'il fasse tradition, ou emploie un autre mode d'aliénation. — Conséquences. Il faut que la *propriété passe directement* du prêteur à l'emprunteur (5). Dérogations par suite des règles de la tradition *brevi manu* (6).

B) Il faut que les choses aient été considérées comme fongibles (7).

C) Il faut que le but des parties ait été d'obliger l'emprunteur à rendre des choses de même espèce en même quantité et de la même qualité (8). Si l'on avait promis de rendre d'autres choses, le contrat serait un *échange*. Une quantité plus faible? Il y aurait donation pour partie. Une quantité plus forte? Il n'y aurait point d'obligation civile pour la différence, une *stipulation* serait nécessaire, parce que l'obligation qui naît *re* ne peut dépasser les limites de la *res* ; pour le surplus, la *causa civilis* manque (9).

II. *Obligations et action qui naissaient du mutuum.*

Il ne naît qu'une seule obligation, *stricti juris*, et à la charge de l'emprunteur. — L'action est la *conditio ex mutuo* (10).

Nature juridique du mutuum. — Contrat réel nommé, unilatéral, de droit strict, gratuit de sa nature.

III. *Du prêt à intérêt (fœnus).* — Les intérêts ne sont dus que s'ils ont été promis par stipulation (11). La loi des XII tables fixa le taux des intérêts licites (*unciarum fœnus*) (12). C'était probablement *un douzième* du capital c'est-à-dire $8\frac{1}{3}$ % par an pour l'ancienne année romaine de 10 mois,

(3) L. 2, § 2, D., h. t. — G., III, § 90 *in fine*. — J., pr. *in fine*, h. t. — (4) J., II, 8, § 3. — (5) L. 34 pr., D., *Mandati*, 17, 1. — (6) L. 15, L. 11 D., h. t. (7) Voy. note 3. — Comp. art. 1874, 1878, 1894, C. civ. — (8) L. 3, D., h. t. — (9) L. 11, § 1, D., h. t. — L. 24, D., *De præscriptis verbis*, 19, 5. — (10) J., pr., *in fine*, h. t. — (11) Voy. note 9. — (12) Tacite, *Annales*, VI, 16.

Digitized by Google

soit 10 % pour l'année de 12 mois (13). Plus tard ce fut 12 % par an, ou 1 % par mois, soit *un centième* du capital *(centisimæ usuræ)*. Sous Justinien, 6 % en matière civile, 8 % en matière commerciale et industrielle, 12 % pour le *nauticum fœnus* et le prêt de denrées (14). L'anatocisme (convention d'intérêts composés) est interdit (15).

IV. *Du nauticum fœnus* (prêt à la grosse aventure) (16). — C'est un prêt fait pour une expédition maritime; en cas de naufrage, le prêteur perd son capital. Il n'y a point de limite au taux des intérêts (sauf sous Justinien); il n'est pas nécessaire qu'ils soient stipulés. Autres cas où les intérêts sont dus en vertu d'un simple pacte (17).

V. Comparaison du *mutuum* et du *quasi-usufruit*.

§ 2. — DU COMMODAT. (J., III, 14. — D., *Commodati vel contrat.*, 13, 6. — C., *eod.* 4, 23.)

Le commodat, ou prêt à usage, est un contrat par lequel le commodant livre au commodataire un corps certain pour qu'il s'en serve gratuitement, à la charge de le restituer ultérieurement (1).

A) Éléments essentiels de ce contrat.

1° Prestation de la chose. Le commodant en garde la propriété pleine et entière, il ne confère pas au commodataire *le droit réel d'usage* (*jus utendi*), il conserve même la *possession ;* le commodataire n'acquiert que la détention. Donc on peut prêter à usage la chose d'autrui (2).

2° Il faut que la chose ait été considérée comme corps certain (3). Les choses qui se consomment *primo usu* peuvent faire l'objet d'un commodat, lorsqu'elles sont prêtées *ad pompam et ostentationem* (4).

3° Anciennement le commodat proprement dit ne pouvait s'appliquer qu'aux meubles (5).

4° Le but des parties devait être de permettre à l'emprun-

(13) Niebuhr. *Histoire romaine*. — (14) L. 26, § 1, C., *De usuris*, 4, 32. — (15) L. 26, § 1, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — L. 27, D., *De re judicata*, 42, 1. — Voy. Accarias, t. II, n° 872, note 4. — (16) C. com. art. 4 1 et s. — D., *De nautico fœnore*, 22, 2. — C., *eod.*, 4, 33. — (17) L. 30, D., *De usuris*, 22, 1. — L. ., C., *eod.*, 4, 32. — N. 136, cap. 4.

(1) Comp. C. civ., art. 1875 et s. — (2) L. 8, D., h. t. — (3) L. 3, § 6, L. 4, D., h. t. — J., § 2. — (4) L. 3, § 6, L. 4, D., h. t. — Comp. C. civ., art. 1874, 1878, 1894. — (5) L. 1, § 1, D., h. t.

Digitized by Google

teur de se servir de la chose.

5° Cet usage devait être gratuit, autrement il y aurait eu louage ou contrat réel innommé (6).

B) Obligations et actions qui naissaient du commodat.

1° Obligations du commodataire sanctionnées par l'action *commodati directa*. — *a*) Veiller avec grand soin à la conservation de la chose (7). (Renvoi à la théorie des fautes). — *b*) Rendre la chose à l'époque convenue avec tous ses produits (8). Le commodant peut même réclamer la chose plus tôt si elle lui devient nécessaire (9).

2° Obligations du commodant, sanctionnées par l'action *commodati contraria*. Le commodant *peut* être obligé dans certains cas : *a*) s'il a prêté dolosivement des objets qui ont nui au commodataire (10) ; *b)* si le commodataire a fait des dépenses pour la conservation de la chose (11).

Nature juridique du commodat. — Contrat réel nommé, synallagmatique imparfait, de bonne foi, à titre gratuit.

Cas exceptionnels dans lesquels le commodat est intéressé du côté du commodant (12).

§ 3. — *Du dépôt.* (J., III, 14, § 2. — D., *Depositi*, 16, 3. — C., *eod.*, 4, 34.)

Le dépôt est un contrat par lequel le déposant remet une chose au dépositaire pour que celui-ci la garde gratuitement et la restitue en nature (1).

Historique. — Ce contrat se faisait autrefois par mancipation ou cession *in jure* fiduciaire (2). Plus tard il suffit de la simple remise de la chose pour créer une action prétorienne *in factum;* plus tard encore on finit par donner une action civile *in jus* (3).

I. — Éléments essentiels de ce contrat.

1° Le déposant doit remettre une chose au dépositaire.

(6) J., § 2, *in fine*. — Voy. ci-dessus, p. 70 n. 15 — (7) J., § 2. — C. civ., art. 1882. — (8) L. 3, § 1, D., h. t. — L. 38, § 1, D., *De usuris*, 22, 1. — (9) Voy. art. 1888, 1889, C. civ. — (10) L. 18, § 3, D., h. t. — C. civ. art. 1890, 1891. — (11) L. 18, § 2, D., h. t, — (12) L. 18, pr., *in fine*, D., h. t.

(1) Voy. C. civ., art. 1915, 1961. — L. 1, pr., D., h. t. — (2) G., II, § 60. — (3) L. 1, § 1, D., h. t.

Digitized by Google

2° La chose doit être, en principe, considérée comme corps certain.

3° Le but du contrat doit être de confier la chose à la garde du dépositaire qui ne peut s'en servir sans commettre un vol d'usage (4).

4° Le contrat doit être gratuit, sinon il y aurait louage de services (5).

II. — Obligations et actions qui naissaient du dépôt.

A) Obligations du dépositaire, sanctionnées par l'action *depositi directa.* — *a*) Veiller à la conservation de la chose (renvoi à la théorie des fautes). — *b*) Restituer la chose à la volonté du déposant (6). Exception pour le séquestre (7). Le dépositaire condamné est noté d'infamie (8).

B) Obligation éventuelle du déposant : indemniser le dépositaire de ses dépenses (9). Mais le dépositaire ne peut opposer la compensation, ni même, sous Justinien, exercer le droit de rétention (10) (Voy. plus bas, *compensation*).

Nature juridique du dépôt. — Contrat réel nommé, synallagmatique imparfait, de bonne foi, à titre gratuit.

III. *Du séquestre.* — Le séquestre (*sequestrum*) est le fait de la remise d'une chose litigieuse entre les mains d'un tiers. Différences entre le séquestre et le dépôt ordinaire (11), notamment en ce que le séquestre (*squester*, l'individu à qui la chose est remise) peut être considéré comme *possesseur* (12.)

IV. — *Du dépôt nécessaire* (*miserabile depositum*).

Dépôt fait par suite de calamités (13). — Le dépositaire infidèle est condamné au double (14).

V. *Du dépôt irrégulier* (15).

L'argent déposé chez un banquier est considéré comme

(4) L. 1, pr., D., h. t. — J., IV, 1, § 6. — (5) L. 1, § 8, D., h. t. — (6) L. 1, §§ 45, 46, D.— C. civ. art 1994.— (7) L. 5, C., h. t.— (8) L. 1, L. 6, § 6, D., *De his qui notantur*, 3, 2. — (9) L. 5, pr., D., h. t. — (10) P., II, 12, § 12. —Modestin, *Lex Dei*, 10, 2, § 5. — L. 23, D., h. t. — J., IV, 6, § 3. — L. *ult.* C., *De comp.*, 4, 31. — L. 11, C., h. t. — *Secus* art. 1948. — *Sic* art. 1293, 2°. — (11) L. 3, § 6, D., *De lib. exhib*, 43, 30. — (12) L. 7, § 1, D., h. t. - Voy. *Résumé* t. 1, p. 80 texte et notes 39, 45, 46. — (13) L. 1, § 1, D. — (14) P., II, 12, § 11. — (15) L. 24, L. 25, § 1, L. 26, § 1, D., h. t.

Digitized by Google

chose fongible : on devra rendre non pas *idem*, mais *tantumdem*.

Appendice au commodat et au dépôt

Pourquoi la formule de ces deux actions était-elle rédigée soit *in factum*, soit *in jus* (16)? Ces deux contrats, que l'on ne pouvait autrefois faire que par la mancipation fiduciaire (17), furent ensuite des pactes prétoriens, sanctionnés par des actions prétoriennes *in factum*. Une fois sanctionnés par une action, ces pactes avaient, en pratique, autant d'efficacité que les contrats ; de *l'action*, c'est-à-dire de la *sanction*, on a fini par conclure à l'existence d'une *obligation;* la coutume finit donc par reconnaître qu'il y avait là un droit, et par conséquent une action civile *in jus*. Cependant l'action *in factum* subsista, bien que l'action *in jus* fût plus avantageuse en ce que, grâce à son *intentio incerta*, on n'avait pas à y redouter le péril de la plus-pétition (18). D'ailleurs l'action *in factum* avait encore une utilité, en ce qu'elle pouvait être intentée par un fils de famille (19).

§ 4. — *Du contrat de gage.* (J., III, 14, § 4. — D., *De pigneratitia actione*, 13, 7.)

Notions générales. — C'est un contrat par lequel une personne remet la *possession* d'une chose à un créancier, pour assurer le paiement d'une dette, à la charge par le créancier de restituer la chose en nature lors de l'extinction de la dette (1). — Ce contrat, à l'époque classique, s'applique aux meubles comme aux immeubles (2).

I. *Historique.*

Autrefois l'on se servait d'une mancipation fiduciaire ou d'une cession *in jure* fiduciaire qui transférait au créancier la propriété du gage (3). Dangers de ce procédé : le créancier devenu propriétaire pouvait aliéner, et, s'il était insolvable, le débiteur subissait une perte. Plus tard la translation de la propriété fut considérée comme inutile, la remise de la *possession* suffit.

(16) G., IV, § 47. — (17) G., II, §§ 59, 60. — Comp. Cicer., *De off.*, I, 10 et III, 15 et 17 ; Top. 17 ; *De nat. Deor.*, III, 30. — G., III, §§ 90, 91. — L. 1, pr., D., *Commodati*, 13, 6. — L. 1, § 1, D., *Depositi*, 16, 3. — (18) L. 1, § 41, D., *Depositi*, 16, 3. — (19) L. 13, L. 9, D., *De O. et A.*, 44, 7.

(1) Voy. L. 238, D., *De V. S.*, 50, 16. — Comp. C. civ. art. 2073 à 2085. — (2) L. 18, pr., D., h. t — (3) G., II, § 60.

Digitized by Google

II. *Éléments essentiels de ce contrat.*

A) Il faut que le constituant remette une chose au créancier ; c'est ce qui différencie le gage de l'hypothèque (4). — Le créancier acquiert la possession *ad interdicta* de la chose engagée (5), mais il ne peut se servir de cette chose, il commettrait un *furtum usus* (5 *bis*). Le créancier obtint même un droit réel prétorien identique à l'hypothèque, sur la chose engagée, pourvu que le constituant en fût propriétaire. Si le constituant n'est pas propriétaire, le créancier n'acquerra naturellement aucun droit réel ; de même s'il n'y a pas de dette ; mais le *contrat de gage* ne s'en formera pas moins (6), et engendrera des *obligations.*

B) La chose doit être considérée comme corps certain.

C) Le but des parties doit être d'offrir une sûreté au créancier.

III. *Obligations et actions qui naissaient du gage.*

A) Obligations du créancier gagiste, sanctionnées par l'action *pigneratitia directa.* — *a*) Veiller à la conservation de la chose. Avec quel soin ? (Renvoi à la théorie des fautes.) — *b*) Restituer le gage après le paiement, ou rendre l'excédent du prix de vente sur la dette dans le cas où le gage aurait été vendu faute de paiement (7).

B) Obligations du constituant, sanctionnées par l'action *pigneratitia contraria*. Le constituant peut être obligé : *a*) à rembourser au créancier ses impenses nécessaires et même simplemement utiles, si le constituant les eût faites (8) ; — *b*) à fournir un autre gage, s'il a engagé une chose qui n'était pas la sienne ou qui était grevée d'hypothèques (9). — Le créancier gagiste jouit du droit de rétention (9 *bis*).

Nature juridique du contrat de gage. — Contrat réel nommé, de bonne foi, synallagmatique imparfait, à titre onéreux (10), sauf du côté du constituant qui donne un gage pour garantir la dette d'autrui.

(4) L. 5, § 2, D., *De pignoribus*, 20, 1. — L. 9, § 2, D., h. t. — (5) L. 16, D., *De usurp. et usucap.*, 41, 3. — Voy. *Résumé*, t. I, p. 80, notes 38, 45, 46. — (5 *bis*) J., IV, 1, § 6. — (6) L. 9, § 4, et pr., L. 32, L. 36, § 1, L. 11, § 2, D., h. t. — (7) P., II, 13, § 1. — (8) L. 8. pr., L. 25, D., h. t. — L. 7, C., De *pign. act.*, 4, 24. — (9) L. 16, § 1, L. 36, § 1, L. 1, § 2, D., h. t. — (9 *bis*) L. 8, pr., D., h. t. — (10) J., III, 14, § 4.

Digitized by Google

Appendice. — Différences entre le *mutuum* et les autres contrats réels nommés.

SOUS-SECTION II. — DES CONTRATS RÉELS NOMMÉS

(Renvoi aux pactes)

SECTION V. — DU CONTRAT LITTERIS

Notions générales. — Le contrat *litteris* est celui dans lequel la *causa civilis* de l'obligation est une écriture passée en de certaines formes, par les parties ou par l'une d'elles. — L'écriture n'intervient pas ici *ad probationem,* c'est elle qui forme le contrat, comme les paroles solennelles dans la stipulation (1). Au surplus, le contrat *litteris* sert plutôt à transformer une obligation préexistante en une obligation qui est *censée* naître d'un *mutuum,* qu'à créer une obligation. Aussi l'obligation née de ce contrat est-elle unilatérale et de droit strict ; l'action est la *condictio certi.* Peut-il avoir pour objet, non seulement des sommes d'argent, mais même des denrées (2) ? Sources dans lesquelles le contrat *litteris* peut être étudié (3).

§ I. *Du contrat litteris à l'époque classique.*

A) Des *nomina transcriptitia.* — Le contrat *litteris* se forme par une écriture sur le *codex accepti et expensi,* registre domestique et probablement livre de caisse (4). Des *adversaria* (brouillon). — Le codex était tenu avec le plus grand soin. — Inscriptions sur le *Codex :*

1° *Arcaria nomina,* constatation de prêts réels.

2° *Nomina transcriptitia,* constatation de prêts fictifs. Gaius n'en signale que deux cas : *a*) *Transcriptio a re in personam :* une personne qui était débitrice en vertu d'une cause quelconque devient débitrice *litteris* par une *double* inscription faite sur le registre de son créancier qui est censé avoir reçu paiement de la dette (*acceptum*) et avoir

(1) Voy. Cicer. *Pro Roscio. com.,* 5. — Aulu-Gelle. 14, 2. — (2) Voy. Cicer. *In Verrem,* I, 39. — (3) Textes précités et Théoph., III, 21. — Asconius sur Ciceron, *In Verrem.* — (4) Cicer., *In Verrem,* II, 1, 23, et Asconius. — Cic., *Pro Roscio com.,* 3, *Pro Cluencio,* 30, *Pro Cælio,* 7 ; *De oratore,* II, 23 ; *Pro Cæcina,* 6. — Tite Live, XXIV, 18, XXV, 7. — Térence, *Phormio,* V, 7, v. 29.

Digitized by Google

immédiatement prêté la même somme à son débiteur (*expensum*). De la sorte, une obligation née, par exemple, d'un contrat de bonne foi, était transformée en une obligation *stricti juris ;* intérêts, notamment avant l'introduction de l'exception de dol (5). — *b) Transcriptio a persona in personam :* le débiteur délègue une autre personne au créancier qui, par une double inscription sur son registre, est *censé* avoir été payé par son ancien débiteur (*acceptum*) et avoir prêté une somme égale au délégué, son nouveau débiteur (*expensum*). — Dans tous les cas, l'opération complète se nomme *expensilatio*. — Pouvait-on faire de la sorte d'autres opérations ; par exemple s'obliger *donationis causa*, remettre une dette ? — On admet généralement que c'est à cause de la double inscription que le résultat de l'opération était appelé *nomen transcriptitium*. — L'inscription sur le registre du créancier suffisait probablement, pourvu que le débiteur y eût consenti (6). — Dans les *arcaria nomina*, il fallait que le créancier prouvât la numération des espèces ; *secus* dans les *nomina transcriptitia*. — Les pérégrins pouvaient, selon les Proculiens, s'obliger par la *transcriptio a re in personam ;* d'après les Sabiniens, ce contrat *litteris* était exclusivement propre aux citoyens (7).

Désuétude du contrat *litteris* (8). Les particuliers (non banquiers) cessent de tenir le *Codex* (9). — Création par le Préteur du *pacte de constitut* qui produit des résultats analogues à ceux du contrat *litteris* (10). En dehors de ce pacte, un effet analogue à celui de la *transcriptio a re in personnam* peut quelquefois être obtenu au moyen d'une simple convention (transformation du *mandat* en *mutuum*) (11). — Dans les Pandectes, les compilateurs ont supprimé toute mention de l'obligation née *litteris* (12).

§ II. — *Des chyrographæ et des syngraphæ* (13).

1er *système*. — Les écrits usités chez les pérégrins (surtout les Grecs) chez qui les contrats étaient consensuels, ne constituaient en réalité que des moyens de preuve. Les

(5) Cicer., *De officiis*, III, 14. — (6) Sénéque, *De beneficiis*, 23, 13, 15. — (7) G., III, § 133. — (8) J., pr., h. t. — (9) Asconius, *ad Cic. in Verrem*. — (10) L. 18, §§ 1, 3, D., *De pecunia constituta*, 4, 18. — — (11) L. 15. D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (12) L. 1, § 1, D., *De O. et A.*, 44, 7. — (13) G., III, § 134. — Asconius, *ad Cic. in Verrem*, II, 1, 36.

Digitized by Google

chyrographæ et les *syngraphæ* ne formaient donc point l'obligation. Gaius n'y voit d'ailleurs que *l'apparence* d'un contrat *litteris (litterarum obligatio fieri videtur)* (14).

2e *système.* — Les écrits dont parle Gaius (*chyr.* et *syngr.*) étaient des *billets non causés* (15). Ex. : *Je reconnais devoir..., je promets payer...*, qui eussent été nuls en droit romain, mais que les pérégrins tenaient pour valables. La cause de l'obligation étant inconnue, les Romains ont considéré que le *billet*, c'est-à-dire *l'écriture* constituait cette cause. D'ailleurs : *fieri videtur* signifie selon nous : *se forme évidemment* (16). Ces écrits servaient d'ailleurs à obtenir un résultat analogue à celui de la *transcriptio a re in personam* (17). Les *chyrographæ* et les *syngraphæ* disparaissent, en tant que contrat *litteris* (sauf ce qui sera dit au § suivant) par suite de l'introduction de l'exception non *mumeratæ pecuniæ*, et ne subsistent plus que comme moyens de preuve (*instrumentum, charta, cautio*).

§ 2. — *De l'exception non numeratæ pecuniæ et du contrat litteris sous Justinien.* (C., *de non numerata pecunia*, 4, 30).

I. — De l'exception *non numeratæ pecuniæ.* — En général, l'écrit qui relate la cause de l'obligation fait foi de la réalité de cette cause jusqu'à la preuve contraire, que le débiteur peut faire en invoquant l'exception de dol (18). Il en était de même, à l'époque classique, lorsque le billet constatait un prêt d'argent, ou une stipulation d'argent (la *cause* étant inconnue dans ce dernier cas) ; le défendeur se servait alors, soit de l'exception de dol, soit d'une exception *in factum, non numeratæ pecuniæ*, mais la preuve de la non-numération lui incombait (19). Puis les empereurs, intervertissant les rôles, imposèrent au créancier la preuve de la numération, ou d'une autre cause, dès l'instant que le débiteur opposait l'exception *non num.*

(14) Gide, *Novation.* — (15) Comp. C. Civ., art. 1132. — Voy. Asconius *ad Cicer. in Verrem*, II, 1, 36, *verbis : « in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit »* — (16) Dirksen. *Manuale latinitatis*, hoc verbo et Maynz, I, § 137, note 10. — Comp. L. 47, § 1, D., *De pactis*, 2, 14. — (17) L. 5, C., *De non numerata pecunia*, 4, 30.— (18) L. 25. § 4 D., *De probat.* 22, 3. — L. 13, C., h. t. — (19) G., IV, §§ 116, 119. — L. 29. pr., D., *Mandati*, 17, 1.— L. 2, § 3, L. 4, § 16, D., *De doli mali except*, 44, 4.

Digitized by Google

pecun. (20). Motif probable de cette innovation : les fraudes usuraires (21). L'exception *non num. pecun.* dure deux ans sous Justinien (22). Le débiteur peut aussi, pendant ce délai, *condicere instrumentum*, ou rendre l'exception perpétuelle par une dénonciation faite au créancier (23). Après ce délai, l'écrit causé *prêt d'argent*, et même le billet *non causé* sont inattaquables (24). L'exception *non. num. pec.* n'est pas opposable aux *argentarii*(25). Justinien étend son application aux prêts qui n'ont pas de l'argent pour objet, et au cas de quittance opposée au créancier (26). De l'exception *dotis cautæ sed non numeratæ* (27).

II. *Du contrat litteris sous Justinien.* — Après le délai de deux ans, la *stipulation* d'argent étant inattaquable, le contrat reste formé *verbis*. Mais, si l'on suppose un simple *billet non causé*, sans stipulation (28), par lequel le débiteur *reconnaît devoir* (SCRIPSIT SE DEBERE), les Institutes disent avec raison selon nous : *sic fit ut hodie... scriptura obligetur*. Il y a donc bien sous Justinien un contrat litteris identique à celui qui résultait des *syngraphæ* (29).

APPENDICE AUX CONTRATS. — DES PACTES ET DES CONTRATS RÉÉLS INNOMMÉS.

(D., *De pactis*, 2, 14).

Notions générales. — Le pacte ou convention est un accord de volontés dans un but juridique.

Effets des pactes.

1° *Jure civili* un pacte ne peut, en principe ni créer, ni éteindre une obligation (1). — Exceptions.

a) Le simple pacte *crée* une obligation lorsque le *negotium juris* constitue une vente, un louage, une société ou un mandat ; mais alors la convention prend le titre de contrat (2). — Les pactes adjoints *in continenti* à des contrats de bonne foi sont aussi sanctionnés par l'action du contrat (3). — Enfin des constitutions impériales ont muni d'une

(20) L. 3, L. 6, L. 5. C., h. t — (21) Comp. décret du 17 mars 1808, art. 4. — (22) J., III. 21 *in fine*. — L. 14, pr., C., h. t — (23) L. 7, L. 14, 4, C., h. t. — (24) L. 14, pr., § 3, L. 8, C., h. t. — (25) N. 136, cap. 5 et 6. — (26) L. 14, § 2, C., h. t. — (27) L. 3, C., *De dote cauta*, 5, 15. — L. 14, § 4, C., h. t — N. 100, cap. 2. — Comp. C. civ., art. 1569. — (28) J., III, 21, deuxième alinéa, *in fine*. — (29) Voy. *contra* Gide, *Novation*. — (1) Arg. L. 6, D., h. t. — (2) L 7 § 1, D., h. t. — (3) L. 7, § 5 D., h. t.

Digitized by Google

action (la *condictio ex lege*) les pactes de *dot* et de *donation*, appelés pour cette raison *pactes légitimes*.

b) Un simple pacte *éteint* les obligations nées du vol et de l'injure (4). — Les contrats consensuels peuvent aussi être dissous, *rebus integris*, par de simples pactes (5).

3° *Jure prætorio*, les pactes engendrent une exception; donc les pactes peuvent toujours, *jure prætorio*, éteindre ou diminuer une obligation. — Certains pactes sont sanctionnés par des actions prétoriennes et par conséquent engendrent des obligations (*pactes prétoriens*, renvoi aux obligations prétoriennes).

Division des pactes (Voy. plus haut p. 29, § 6),

I. *Des pactes adjoints à un contrat*. Division des pactes adjoints.

1re *Division*. *a*) Pactes faits *in continenti*, c'est-à-dire immédiatement. Ces pactes sont ceux qui ne font *qu'expliquer* l'intention que les parties avaient en contractant et qu'elles ont oublié d'exprimer. — *b*) Pactes faits *ex intervallo*, c'est-à-dire ajoutés après coup. Ce sont ceux qui indiquent un changement, une modification de volonté chez les parties (6 et 7). Le criterium de la division réside bien plutôt dans le but du pacte (expliquer l'intention ou la modifier) que dans le laps de temps plus ou moins étendu qui a séparé le contrat du pacte ; mais l'étendue de cet intervalle est un indice important.

2e *Division*. — Pactes adjoints à un contrat de bonne foi ou de droit strict.

A) Pactes adjoints à un contrat *de bonne foi*. — 1° Les pactes adjoints *in continenti* font corps avec le contrat et sont sanctionnés par les actions du contrat (8). — 2° Pactes adjoints *ex intervallo;* distinguons : *a*) s'ils portent sur les parties accessoires (*adminicula*) du contrat, et qu'ils en *diminuent* les obligations, ils font corps avec le contrat (9) ; s'ils *augmentent* ces obligations, point d'action, mais la partie qui devait profiter de ces pactes peut se refuser

(4) L. 7, § 14, L. 17, § 1, D , h. t. — (5) J , III, 29, § 4. — (6 et 7) L. 7, § 5, D., h. t. — (8) L. 7, § 5, D., h. t. — (9) Même texte et L. 3, D , *De rescind. vend.*, 18, 5.

Digitized by Google

à accomplir ses obligations si le pacte n'est pas observé(10) ; — *b*) s'ils portent sur l'un des éléments essentiels du contrat, et qu'il s'agisse d'un contrat consensuel, non encore exécuté *(rebus integris)*, l'ancien contrat est résolu par le pacte et remplacé par un nouveau contrat consensuel (11). Si les choses ne sont plus entières, le pacte vaut de plein droit *ad minuendam obligationem*, puisqu'il engendre l'exception *pacti conventi*, et que les exceptions fondées sur l'équité sont sous-entendues dans la formule des actions de bonne foi, mais il ne crée pas d'obligation civile s'il augmente les obligations du contrat (11 *bis*).

B) Pactes adjoints à un contrat *stricti juris*.

1° Pactes adjoints *in continenti*. — *a*) A une stipulation ; s'ils diminuent l'obligation, on finit par admettre qu'ils faisaient corps avec la stipulation, et par suite qu'ils valaient de plein droit (12) ; d'après quelques jurisconsultes, cet effet ne se produirait qu'*exceptionis ope* (13). Les pactes qui augmentent l'obligation faisaient-ils corps avec la stipulation ? Controverse. Non, selon nous, à l'époque classique ; oui, sous Justinien (14). — *b*) Pactes adjoints à un *mutuum*. Ils valent *ipso jure ad minuendam obligationem*, mais ils ne produisent pas d'obligation civile s'ils tendent à augmenter les effets du contrat (15).

2° Pactes adjoints *ex intervallo*. S'ils diminuent les obligations du contrat, ils valent, mais *exceptionis ope* seulement ; s'ils les augmentent, ils ne produisent pas d'obligation civile (16).

II. *Des pactes adjoints à une datio.*

1° Pactes adjoints *in continenti*.

Historique. — Si le pacte avait été joint à une mancipation ou à une cession in jure, il y avait contrat de *fiducie* qui engendrait l'action *fiduciæ directa* de la part de l'aliénateur, et éventuellement l'action *fiduciæ contraria* au profit de l'acquéreur (1).

Époque classique. — Distinguons :

(10) Arg. L. 72, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (11) Même texte et L. 7, § 6, D., h. t. — (11 bis) L. 21, D., *Sol. mat.* 24, 3. — L. 3, D., *De rescind. vend.*, 18, 5. — (12) L. 4, § 3, D., h. t. — (13) L. 40, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (14) Même texte et L. 1, § 3, D., *De V. O*, 45, 1. — L. 7, § 5, D., h. t. — (15) L. 11, § 1, D, *De reb. cred.*, 12, 1. — Voy. aussi L. 5, § 2, D., *De sol.*, L. 46, 3. — (16) L. 7, § 4 D., h. t.

(1) P., II, 13, § 7.

Digitized by Google

A) On peut, dans la tradition, mais non dans la mancipation ou la cession in jure (2), subordonner la transmission de la propriété à un terme ou à une condition suspensifs ; on peut retenir une servitude dans toute espèce de mode d'aliénation; on peut, par la cession in jure, constituer l'usufruit à terme ou sous condition extinctive, mais on ne peut, par aucun moyen, transmettre une propriété soumise à des modalités extinctives. *Secus* d'après Ulpien et sous Justinien. (Voy. *Résumé*, t. I, p. 174 et 175).

B) Pactes qui ont pour but de créer une obligation résultant de la *datio*. — *a*) Si l'obligation consistait à retransférer l'objet même dont la propriété a été transmise, elle était sanctionnée, en cas de mancipation ou de cession in jure, par l'action *fiduciæ ;* plus tard, quelque fut le mode de transfert, par la *condictio sine causa* (3). — *b*) Si l'obligation consistait à rendre autre chose que l'objet de la *datio*, ou à exécuter un fait (*datio* OB REM), pas d'action en principe pour faire exécuter le pacte (4), sauf le cas de *mutuum* et les hypothèses où l'on pouvait assimiler l'affaire à l'un des contrats déjà reconnus, (théorie Sabinienne); ex. : l'échange sera assimilé à la vente et sanctionné par les mêmes actions. D'ailleurs, si l'acquéreur ne *pouvait* ou ne *voulait* pas exécuter le pacte (5), l'aliénateur pouvait toujours réclamer le retransfert de la propriété qu'il avait transmise, par une *condictio causa data, causa non secuta,* appelée aussi *condictio ob rem dati* (6). Plus tard, on admit que l'équité exigeait que la prestation promise en échange de la *datio* fût exécutée (7) ; pour y contraindre l'acquéreur, le Préteur donna contre lui *l'action de dol* (8), s'il y avait mauvaise foi de sa part ; en dehors de ce cas, une action *in factum* (9). Enfin, dans ce même but, l'action *civilis* (improprement appelée *in factum*) *præscriptis verbis*, proposée par Labéon et ses disciples (les Proculiens), fut admise par la jurisprudence (10).

(2) L. 77, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (3) L. 1, C., *De pactis conventis tam super dotem*, 5, 14. — (4) Arg. L. 7, § 2, D., h. t. — Arg. L. 4, C., *De dolo malo*, 2, 21. — (5) L. 16, D., *De cond. causa data*, 12, 4. — (6) L. 65 § 4, D., *De cond. indeb.*, 12. 6. — (7) L. 25, D., *De præscript. verb.*, 19, 5. — (8) L. 15, *in fine*, L. 16, L. 31 *in fine* ; arg. L. 5, § 2 *in fine*, § 3, D., *eod.*, — (9) L. 7 § 2, D., *De pactis*, 2. 14. — L. 12, L. 10, L. 1, pr., D., *De præscriptis verbis et in factum actionibus*, 19, 5. — L. 1, § 1, D., *De rerum permutatione*, 19, 4. — (10) L. 7, §§ 1, 2, D., h. t.

Digitized by Google

III. *Des contrats réels innommés.* (D., *De præscriptis verbis et in factum actionibus*, 19, 5).

A) Notions générales. — a) Division des contrats réels innommés.

1° Contrats *do ut des ;* type : l'échange (1). Ces contrats ressemblent à la vente.

2° Contrats *do ut facias.* — Ex. : je vous donne une chose pour que vous affranchissiez un esclave (2). Ressemblance avec le louage.

3° Contrats *facio ut facias.* — Ex. : j'affranchis mon esclave pour que vous affranchissiez le vôtre (3). Ressemblance avec le mandat (4). D'ailleurs, il y aurait dol à refuser d'accomplir le fait promis, alors que l'autre partie s'est déjà exécutée, car elle ne peut revenir sur cette exécution (4 *bis*).

4° Contrats *facio ut des.* — Ici on n'admit pendant longtemps que l'action de dol (5) ; dans le dernier état du droit, on admit l'action *præscriptis verbis* (6). Pourquoi cette hésitation dans ce cas (7) ? Selon nous, c'est parce que le contrat *facio ut des* ne ressemble à aucun contrat nommé.

De l'action *præscriptis verbis.*

C'est une action civile, dont l'*intentio incerta* est précédée d'un exposé des faits *(præscriptio)*. De là vient son nom d'action *civilis, incerta, præscriptis verbis ;* il n'est pas vrai, selon nous, que les jurisconsultes romains lui aient jamais donné la dénomination, d'ailleurs certainement inexacte, d'action *in factum ;* mais les compilateurs du Digeste, insérant des écrits de jurisconsultes qui n'admettaient encore que l'action prétorienne *in factum*, dans des cas auxquels on appliqua plus tard l'action *civile, præscriptis verbis*, ont ajouté aux mots *actio in*

(1) L. 5, § 1, D., h. t. — (2) L. 5, § 2, D., h. t. — (3) L. 5, § 4, D. — (4) L. 5, pr., D. — (4 *bis*) L. 15, D. — (5) L. 5, § 3, D., h. t. — L. 16, § 1 D., h. t. — L. 4, C., *De dolo malo*, 2, 21. — (6) L. 6, C., *De transact.*, 2, 24. — Comp. L. 15, D., h. t. et G., III, § 143. — (7) Comp. Ortolan, t. III, n° 1603, note 5.

Digitized by Google

factum, les expressions *civilis* ou *præscriptis verbis* (8).

Historique. — Cette action fut donnée tout d'abord dans des cas où il était difficile de déterminer au juste quelle était l'action qu'il fallait intenter, bien qu'il y eût certainement un contrat civil. Ex. (9). Au lieu d'une *demonstratio* qui aurait dû déterminer nettement le contrat intervenu et le rôle qu'y jouaient les parties, on mettait une *præscriptio* qui relatait les faits, et l'on concluait par une *intentio incerta : quidquid ob eam rem dare facereve opportet.* Plus tard, les Proculiens l'employèrent pour assurer l'exécution des contrats réels innommés.

L'action *præscriptis verbis* était de bonne foi (10). Les textes l'appellent pourtant quelquefois *condictio incerti* (11), mais le mot de *condictio* est alors pris dans le sens vagu d'*actio in personam* (11 *bis*). Elle pouvait être intentée, par l'une ou l'autre des parties, et notamment, dans les contrats *do ut des, do ut facias*, par celui-là même qui avait reçu une chose de l'autre partie, s'il venait à en être évincé (12). Outre cette action, celui qui avait fait une *datio* pouvait reprendre sa chose au moyen de la condictio *causa data, causa non secuta*, si l'autre partie n'exécutait pas la convention dans le délai voulu (13); primitivement il avait cette *condictio*, même si la chose qu'il devait recevoir en contre-échange avait péri par cas fortuit (14); plus tard, on appliqua les règles de la vente (risques pour l'acheteur) (15).

Enfin, dans certaines hypothèses analogues au mandat, qui est révocable *ad nutum*, la partie qui avait donné une chose pouvait la reprendre au moyen de la *condictio*

(8) Arg. rubrique de note titre : *De præscriptis verbis* ET *in factum actio*NIBUS. —L'interpolation est évidente si l'on compare L. 7, § 2, D., *De pactis*, 2, 14 : *Julianus scribit in factum actionem a Prætore dandam* ; et L. 5, § 2, *in fine*, D., h. t. : *Julianus scribit.... in factum civilem.* — Interpolation analogue dans L. 1, § 2. L. 13. § 1, *in fine*, L. 22, *in fine* D., h. t., — Dans la L. 24, *in fine*, D., h. t. l'interpolation de *præscriptis verbis* avant « *in factum* » ressort encore évidemment des derniers mots de la loi : *quod ipsum jus* (c. a. d. le droit civil) *excedat;* puisque la convention excédait le droit civil, le jurisconsulte par lait donc d'une action prétorienne. — (9) L. 1, § 1, L. 19, pr., L. 20, pr., § 2, D., h. t. — L. 50 D., *De cont empt*, 18, 1. — (10) J., IV, 6, § 28.— (11) L. 19 § 2, D., *De precario*, 43, 26. — L. 1. C., *De pactis conventis*, 5., 14 — (11 *bis*) Voy. G., IV, §§ 5, 18. — (12) L. 7, § 2, D., *De Pactis*, 2, 14, — (13) L. 3, § 2. L. 5, pr., §§ 1, 2, D., *De cond. causa data*, 12, 4. — L. 10 C., *De cond. ob causam*, 4, 6.— L. 5, L. 7, C., *De rer. permut.*, 4, 64.— (14) L. 16, D., *eod.* — (15) L. 5, § 1, *in fine*, D., h. t.

Digitized by Google

(ex pœnitentia) même en présence d'un cocontractant, tout prêt à exécuter de son côté la convention (16).

B) De quelques contrats réels innommés en particulier.

1° De l'échange (*permutatio*) (J., IV, 6, § 28). Rappel de la controverse entre Proculiens et Sabiniens. (Voy. plus haut p. 48, notes 21 et 22). En droit romain, le partage amiable (17), ou judiciaire (18), est un échange. Différences entre l'échange et la vente. — *a*) Dans l'échange il faut, pour que le contrat se forme, que l'une des parties transfère à l'autre la propriété. Conséquences, au cas ou la chose d'autrui a été donnée en échange (19). — *b*) Le coéchangiste a une action (la *condictio*) pour faire résilier le contrat, si l'autre partie n'exécute pas; *secus*, en principe, dans la vente. — *c*) Dans l'échange, les deux parties jouent le même rôle ; *secus* dans la vente ; conséquences (20).

2° Du contrat estimatoire. — Remise d'une chose estimée ; l'*accipiens* doit rendre la chose ou son estimation : s'il la vend plus cher, il garde le surplus pour lui (21). Les risques sont pour celui qui a pris l'initiative du contrat (22). Si l'initiative ne peut être attribuée à aucune des deux parties, les risques sont pour le *tradens*.

3° Du précaire (23). — Il ressemble au commodat. D'abord il ne fut sanctionné que par l'interdit *de precario ;* plus tard on y vit un contrat réel innommé (24). Comparaison du précaire et du commodat (25).

§ 4. De la transaction. — (Renvoi aux modes d'extinction des obligations).

(16) L. 3, §§ 2, 3. L. 5, pr., §§ 1. 2, D., *De cond. causa data*, 12, 4. — (17) L. 77, § 18, D., *De legat.* 2°, 31. — (18) L. 4, C., *Fam. ercis.*, 4, 36. — L. 20, § 3, D., *eod.* 10, 3. — (19) L. 1, §§ 2, 3, D., *De permut. rerum*, 19, 4. — (20) L. 19, § 5, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1. — Voy. aussi L. 3, C., *Communia utriusque jud.*, 3, 38. — (21) L. 1, pr., D., *De æstimatoria*, 19, 3. — (22) L. 17, § 1, D., h. t. — P., II, 4, § 4. — L. 1, § 1, D., *De æstimatoria*, 19, 3. — (23) D., *De precario*, 43, 26. — C., *eod.*, 8, 9. — (24) L. 19, § 2, L. 2, § 2, D., *De precario*, 43, 26. — P., V, 6, § 10. — (25) Voy. L. 1, § 1, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 12, pr., D., *De precario*, 43, 26.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DEUXIÈME SOURCE : LES QUASI-CONTRATS

Plus exactement : DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT QUASI EX CONTRACTU. (J., III, 13, § 2 et III, 27, pr. — D., *De obligationibus et actionibus*, 44, 7).

Notions générales. — Ici la source de l'obligation est laissée dans l'ombre (1) ; mais, comme les obligations dont il est ici question produisent des effets analogues à ceux des obligations naissant des contrats, les Romains disent qu'elles naissent *quasi ex contractu* (2), d'où l'on a donné improprement le nom de *quasi-contrat* au fait générateur de l'obligation. Les *quasi-contrats* diffèrent des contrats en ce qu'ils ne supposent pas nécessairement un accord de volontés. Ils diffèrent des délits et des quasi-délits en ce qu'ils constituent des faits *licites ;* par conséquent ils engendrent des actions *rei persequendæ* et non des actions *pénales*. Énumération des divers quasi-contrats (3).

§ I. DU QUASI-CONTRAT DE GESTION D'AFFAIRES.

(J., III, 27, § 1. — D., *De negotiis gestis*, 3, 5. — C., *eod.*, 2, 19).

La gestion d'affaires est le fait d'une personne qui administre *sans mandat* les affaires d'autrui.

I. *Éléments essentiels de la gestion d'affaires.* — *a*) Une affaire intéressant autrui. — *b*) Faite à l'insu du maître ; s'il sait et s'oppose, le gérant n'a point d'action contre le maître à raison de ses dépenses, depuis l'instant où la défense lui a été faite (1) ; si le maître sait et approuve, les règles du mandat sont applicables (2). — *c*) L'intention de gérer l'affaire d'autrui : donc point de gestion d'affai-

(1) L. 1, pr., D., h. t. — (2) Voy. G., III, § 88 et IV, § 2, cbn. avec L. 5 §§ 1, 4, 5, 6, D., h. t. — Voy. aussi L. 16, D., *De negotiis gestis*, 3, 5. — L. 23, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (3) J., III, 27, §§ 1 à 8.

(1) L. 24, C., h. t. — L. 8 § 3, D., h. t. — L. 40, D., *Mandati* 17, 1. — (2) L. 6 § 2 D., *Mandati*, 17, 1. — L. 60. D., *De reg. juris*, 50, 17. —

Digitized by Google

res si l'on croit gérer sa propre affaire (3), sauf pour l'héritier apparent dans certains cas exceptionnels (4). De même, point de gestion d'affaires lorsqu'une personne fait à la fois l'affaire d'autrui et la sienne, ne pouvant gérer l'une sans l'autre (5). — *d*) L'intention d'obliger éventuellement le maître ; cette intention manque chez celui qui gère *donandi animo* (6 et chez le possesseur de mauvaise foi (7).

Remarque. — La capacité du maître n'est nullement exigée ; pourtant, s'il est pupille, il ne sera tenu que dans les limites de son enrichissement (8). Critique.

II. *Effets de la gestion d'affaires.* — *A*) Entre le gérant et les tiers : le gérant devient personnellement créancier ou débiteur. Renvoi au mandat (voy. plus haut p. 76, note 24).

Donc, la gestion d'affaires ne produit ici aucun effet.

B) Entre le maître et les tiers : point d'effet en principe ; mêmes dérogations qu'en cas de mandat (voy. plus haut p. 76, notes 25 à 28).

C) Entre le gérant et le maître : obligations analogues à celles du mandat.

1° Obligations du gérant, sanctionnées par l'action *negotiorum gestorum directa.*

a) Terminer, même après la mort du maître, l'affaire qu'il a entreprise (9). Avec quel degré de soin doit-il gérer ? (Renvoi à la théorie des fautes.)

b) Rendre compte (10).

2° Obligations du maître, sanctionnées par l'action *negotiorum gestorum contraria.*

Il peut être obligé *ex post facto* à : — *a*) Rembourser les dépenses du gérant ci celui-ci prouve que l'acte était utile au moment où il a été fait, et dans la mesure de cette utilité (11). Si le maître est incapable, voyez texte et note 8 *supra.* — *b*) Prendre à sa charge les obligations utilement

(3) L. 14, § 1, D., *communi div.*, 10, 2. — (4) L. 49, D., h. t. — L. 50, § 1, D., *De hered. pet.*, 5. 3. — (5) L. 6, §§ 2, 7, D., *Communi div.*, 10, 2. — (6) L. 4, L. 27, § 1, L. 34, L. 44, D., h. t. — L. 11, L. 12, L. 13, L. 15, C., h. t. — (7) L. 6, § 3, D., h. t. — (8) L. 6, pr., L. 38, pr., D. — (9) L. 6, § 12, L. 19, § 4, L. 29, § 2, L. 31, § 2, L. 38, D., h. t. — (10) L. 2, D., h. t. — J., § 1, h. t. — (11) Voy. L. 1, L. 43, L. 1, L. 2, L. 66, L. 10, § 1, L. 12, § 2, etc 19, § 4 etc. D., h. t. — J., § 1 h. t.

Digitized by Google

contractées par le gérant. — *c*) L'indemniser des pertes qu'il a subies dans sa gestion utile ; mais non lui payer un salaire.

§ 2. — TUTELLE ET CURATELLE. (J., III, 27, § 2).

A) *Tutelle.* — La situation du tuteur est analogue à celle du gérant d'affaires, sauf que le tuteur gère forcément, d'où les conséquences suivantes : bien qu'ici le maître soit incapable, il est tenu même hors des limites de son enrichissement (1) ; le tuteur est tenu de ses fautes moins rigoureusement que le gérant ; il y a des actions spéciales (Voy. Résumé t. I, p. 67).

B) *Curatelle.* — Point d'actions spéciales ; actions de gestion d'affaires (2). Responsabilité analogue à celle du tuteur. Dans les curatelles d'une durée indéfinie (fous, prodigues), l'action peut être intentée avant leur expiration par une personne à ce préposée par le Préteur.

§ 3. DE L'INDIVISION. (D., *Communi dividundo* 10, 3. — C., *eod.*, 3, 37. — J., III, 27, § 3).

L'indivision diffère de la société en ce qu'elle ne suppose pas nécessairement le consentement. Divers cas d'indivision.

Obligations qui naissent de l'indivision, sanctionnées par l'action *communi dividundo*, ou, entre cohéritiers, par l'action *familiæ erciscundæ :* 1° Obligation de sortir d'indivision à la réquisition de l'une des parties, et sauf le cas où l'on est convenu d'y rester pendant un temps déterminé (1). 2° Obligations qui peuvent naître pendant l'indivision à raison des dépenses faites par l'un des communistes pour la chose indivise, des dégradations commises ou des fruits perçus par l'un deux, etc. (2).

Différences pratiques entre la société et l'indivision : 1° Dans l'indivision, l'un des communistes peut céder sa

(1) L. 1, D., *De cont. tut.*, 27, 4. — (2) L. 4, § 3, D., *De tut. act.*, 27, 3. — *Contrà* Maynz, § 440, note 30.

(1) L. 14, §§ 2, 3, D. — L. 5, C., h. t. — (2) J., § 3. — L. 22, pr., L. 36, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — L. 11, D., h. t. — J., IV, 17, § 4. — L. 9, C., *Fam. ercis.*, 3, 36. — L. 25, § 16, D., *eod.*, 10, 2. — L. 11, D., h. t. — J., IV, 17, § 4. — L. 9, C., *Fam. ercis.*, 3, 36. — L. 25, § 16, D., *eod.*, 10, 2. — L. 4, § 3, L. 6, pr., § 3, L. 11, L. 12, L. 22, D., h. t. — Voy. aussi L. 18, D., *De hered. vend.*, 18, 4. — L. 18, § 1, L. 20, C., *Fam. ercis.*, 3, 36.

Digitized by Google

part à un tiers. 2° L'indivision succède à la société et ne finit que par le partage. 3° Les actions naissant de l'indivision n'entraînent pas l'infamie. 4° L'associé a le bénéfice de compétence.

§ 4. DE L'ADITION D'HÉRÉDITÉ ET DE L'IMMIXTION. (J., III, 27, § 5. — L. 5, § 2, D., *De O. et A.*, 44, 7).

Les obligations entre l'héritier et le légataire naissent *quasi ex contractu*. (Voy. Résumé, t. I, p. 156 et 157).

§ 5. DU PAIEMENT DE L'INDU. (J., III, 27, § 6. — D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — C., *eod.*, 4, 5).

Notions générales. — Le paiement de l'indû est l'acte qui eût constitué un paiement, si l'obligation que l'on voulait acquitter avait réellement existé. L'*accipiens* est tenu de restituer, et son obligation naît *quasi ex contractu* (1). Analogie avec l'obligation née du *mutuum* (2). Mais l'*accipiens* a acquis la propriété malgré l'erreur du *tradens*, car celui-ci n'a qu'une action personnelle en répétition (3). Controverse en droit français (4).

I. *Conditions requises pour qu'il y ait paiement de l'indû.* — Il faut :

1° Un acte fait dans l'intention d'acquitter une dette. Donc, le possesseur de bonne foi, qui restitue le fonds sans retenir ses impenses, n'a pas la *condictio indebiti* (5), car il n'y a pas ici d'obligation personnelle, la restitution n'a donc pas même l'apparence d'un paiement.

2° Il faut que le paiement soit indû (*indebitum*). Il y a *indebitum* : — *a*) Quand la dette n'existait pas du tout, ou était éteinte *ipso jure*, ou enfin, n'était pas due à l'*accipiens* (6). *Quid* si elle n'était pas due par le *solvens* (7) ? — *b*) Quand on a payé une chose autre que celle qui était due (8). — *c*) Quand l'action du créancier était paralysée par une exception perpétuelle (9), sauf le cas où l'exception était donnée *in odium creditoris* (10). — *d*) Enfin, quand la dette était conditionnelle (11).

(1) L. 5, § 2, D., *De O. et A.*, 44, 7. — (2) J., § 6 *in fine* h. t. — (3) L. 53, D., h. t. — (4) Voy. Aubry et Rau, III, § 442, note 19. — (5) L. 33, D., h. t. — Voy. L. 49, D., *Neg. gestis*, 3, 5. — (6) L. 65, § 9, D. — (7) L. 65, § 9, D. — L. 9, § 1, D., *De cond. causa data*, 12, 4. — L. 12, L. 13, D., *De novat.*, 46, 2. — L. 5, C., *De hered. pet.*, 3, 31. — (8) L. 65, § 9, D. — (9) L. 26, §§ 3, 7, D. — L. 112, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (10) L. 40, pr., D. — (11) L. 10, pr., L. 18, D.

Digitized by Google

Il y a *debitum*, au contraire : — *a*) Lorsqu'il existait une obligation naturelle (12). — *b*) En cas de dette à terme (13), et lorsque le débiteur jouissait d'une exception simplement temporaire (14). — *c*) Il y a encore *debitum*, si le paiement est fait à titre de transaction. — *d*) Enfin, dans tous les cas où *lis infitiando crescit in duplum* (15). Explication (15 *bis*).

Lorsque le débiteur doit en vertu d'une *turpis causa*, s'il paie, la répétition est également impossible (15 *ter*). Cependant, s'il n'y a turpitude que du côté de l'*accipiens*, on donne au *solvens* la *condictio ob turpem causam* (16).

Du jeu et du pari illicites. Il est défendu de jouer de l'argent, excepté dans les jeux qui tiennent à l'adresse, ou à l'exercice du corps (17). On peut répéter ce que l'on a payé par suite d'un jeu interdit (18). La municipalité du lieu répète à défaut du joueur (19). Peines contre les directeurs des maisons de jeu, etc (20). Le pari (*sponsio*) n'est pas valable dans les jeux prohibés.

Les jeux et paris, même non prohibés, n'engendrent point d'action civile, sauf stipulation ou contrat *re* (dépôt des enjeux entre les mains d'une des parties ou d'un tiers).

3° Il faut que le paiement ait été fait *par erreur* (21). L'erreur de fait est seule prise en considération (22), l'erreur de droit l'était pourtant peut-être, dans les cas où il n'y avait pas même d'obligation naturelle, ou de devoir moral (23). Conciliation de la L. 32, § 3, D., h. t. avec L. 19, D., *De leg.* 2°, 31.

II. *De la preuve*. — C'est au *solvens* à prouver le paiement, et même, en principe, l'*inexistence* de la dette, sauf

(12) L. 51, L. 64, D. — L. 16, § 4, D., *De fidej.*, 46, 1. — (13) L. 10, D., h. t. — (14) L. 56, D. — (15) G., II, § 283 et IV, § 171. — J., IV, 6, § 19 et III, 27, § 7. — (15 *bis*) Comp. P., I, 19, § 21. — (15 *ter*) L. 2, § 2, L. 3, D., *De cond. ob turpem causam*, 12, 4. — Comp. *Caen*, 9 avril 1853, *Sirey*, 54, 2, 30. — Voy. L. 4, § 3, D., *eod.* — (16) L. 2, pr., § 1, L. 4, § 2, D., *eod.* — Voy. Aubry et Rau, § 442 *bis*. — (17) D., *De aleatoribus*, 11, 5. — C., *eod.*, 3, 43. — L. 2, § 1, D., *eod.* — L. 3, C., *eod.* — (18) Comp. C. civ., art. 1965, 1967. — (19) L. 3, C., *eod.* — (20) L. 1, D., *eod.* — (21) L. 53, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (22) L. 6, L. 10, C., *De juris et facti ignor.*, 1, 18. — L. 6 et 7, C., h. t. — (23) L. 1, pr., D., *Ut in pos. leg.*, 36, 4. — Comp. L. 64, D., h. t. — Aubry et Rau, § 442, note 5. — Toullier, t. 1, p. 50.

Digitized by Google

dans le cas où l'*accipiens* aurait commencée par nier le paiement (24).

III. *Étendue de la condamnation.* — L'*accipiens* de bonne foi ne rend que son enrichissement (25) ; il usucape, et ce au titre *pro suo*, non au titre *pro soluto* (26). Il ne doit jamais d'intérêts ; il doit les fruits, mais ce n'est vraisemblablement que dans la mesure de son enrichissement (27). L'*accipiens* de mauvaise foi doit restituer le capital reçu, les fruits et les produits, mais non les intérêts, l'action étant de droit strict (27 *bis*).

IV. *Comparaison de la* condictio ex mutuo *et de la* condictio indebiti. — La *condictio ex mutuo* résulte toujours d'une *datio* et est toujours une *condictio certi ; secus* de la *condictio indebiti* (28).

CHAPITRE III

Troisième source : DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DES DÉLITS.

Notions générales. — Le *délit* est un fait illicite. — Délits publics, délits privés. — Ils diffèrent au point de vue de la personne qui pouvait poursuivre, de la procédure et de la peine. Un même fait peut être à la fois délit public et délit privé. — Nous ne parlerons que des délits privés. Ces délits engendrent des actions *pœnæ persequendæ* et *mixtæ*. Explication (1).

Pour qu'il y ait délit, il faut un fait matériel, volontaire, (mais pas nécessairement intentionnel), illicite et dommageable (1 *bis*). — Les quasi-délits sont des faits qui répondent à la même définition, mais qui ne rentrent pas dans la liste *limitative* des *quatre délits privés*.

(24) L. 25, D., *De probationibus*, 22, 3. — (25) L. 65, §§ 7, 8, L. 26, § 12, D., h. t. — (26) L. 3, D., *Pro suo*, 41, 10. — L. 46, D., *De usucap.*, 41, 3. — (27) L. 1, C., h. t. — L. 15, pr., L. 65, §§ 4 à 8, D., h. t. — (27 *bis*) L. 15, pr., D., h. t. — L. 38, § 2, D , *De usuris*, 22, 1. — L. 1, C., h. t. — (28) L. 26, § 12, L. 22, § 1, D., h. t.

(1) Comp. loi du 10 vendémiaire an IV. — (1 *bis*) J., IV, 1, pr. — G., III, 182. — L. 4, D., *De obl. et act.*, 44, 7.

Digitized by Google

§ 1 Du vol. (J., IV, 1, § 1. — D., *De furtis*, 47, 2. — C., *eod.*, 6, 2. — P., II, 31. — G., III, §§ 183 à 208.)

Définition : *Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve* (2). — Étymologie. — Diverses espèces de vol : *Furtum manifestum* (flagrant délit) ; *Furtum nec manifestum*. Il y a flagrant délit (3) lorsque le voleur est saisi le jour même, avant d'avoir pu transporter où il le désirait l'objet volé (4).

1° *Éléments essentiels du vol.*

A) Res. — Le vol peut porter sur la propriété, l'usage, ou la possession de la chose (5). Il fallait que la chose fût corporelle, *in commercio* (6), mobilière (7), qu'elle appartînt à quelqu'un (8). — Était-il nécessaire que la chose volée eût un possesseur (9) ? — Il faut encore, en cas de *furtum rei*, que la chose n'appartint pas à l'agent (10).

Du vol d'usage. — Créancier gagiste ou dépositaire qui se sert de la chose engagée ou déposée (11). Le commodataire qui dépasse l'usage permis par le commodant. — Le propriétaire qui vole l'usufruitier (12). Du vol de possession, accompli par le propriétaire au préjudice du créancier gagiste, ou du possesseur de bonne foi (13).

B) Contrectatio. — Attouchement de la chose dans l'intention de la déplacer. — Développements (14).

C) Affectus furandi. — Intention de voler. Deux idées : *fraude* et *esprit de lucre* (15). Cas où il n'y a pas fraude, bien qu'il y ait esprit de lucre (16). Cas où il y a fraude, mais non esprit de lucre (17).

(2) L. 1, § 3, D. — J., § 1. — (3) J., § 3. — G., III, § 184. — L. L. 3, 4, 5, D. — (4) Comp. art. 41, Code Instruction Crim. — (5) Voy. note 2. — (6) J., IV, 18, §§ 9 et 10. — G., III, § 199. — L. 4, § 3, D., h. t. — Table d'Héraclée, chap. 8. — *Lex Dei*, IX, 2, § 2. — (7) J., II, 6, § 7. — G., II, § 51. — *Aulu-Gelle*, II, 18. — L. 38, D., *De usucap.*, 41, 3. — Voy. aussi L. 12, § 5, D., *De usuf.*, 7, 1. — (8) L. 43, § 5, D. — L. 6, D., *Expilatæ hered.*, 47, 19. — (9) *Aff.* : Arg. L. 1, § 15, D., *Si is qui test.*, 47, 4. — Accarias, § 667. — L. L. 68, 69, 70, D. — *Neg.* : L. 43, § 1, D. — (10) P., II, 31, § 21. — (11) J., §§ 6, 7. — G. III, §§ 195-198. — (12) L. 15, § 1, D. — (13) J., § 10. — G., III, § 200. — L. 15, D. — P., II, 1, § 36. — (14) P., II. 31, § 35. — L. 1, § 2, L. 67, L. 52, § 7, D. — (15) L. 1, § 2. D. — (16) J., II, 6, §§ 4, 5 ; IV, 1, § 7. — Voy. aussi G., III, § 198. — J., IV, 1, § 8. — L. 20, C., h. t. — (17) L. 27, § 25, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — L. 8, §§ 1 et 2, D., *Arbor. furtim cæsarum*, 47, 7.

Digitized by Google

2° *Obligations et actions qui naissaient du vol.*

A) Actions *pœnæ persequendæ*. — A l'époque classique six actions pouvaient naître du vol :

a) Action *furti manifesti*. Anciennement peine corporelle (esclavage) (18). Le Préteur donne une action au quadruple.

b) Action *furti nec manifesti*, action au double (19). Pourquoi la peine est-elle moins forte que dans le cas de *furtum manifestum ?*

c) Action *furti concepti* contre la personne chez qui l'objet volé a été trouvé. — Action au quadruple ou au triple selon les cas. Détails (20).

d) Action *furti oblati*, contre celui qui a porté la chose volée chez un autre pour qu'elle fût trouvée chez ce dernier (21).

e) Action *furti prohibiti* au quadruple, contre celui qui empêche la perquisition (22).

f) Action *furti non exhibiti*, contre celui qui n'exhibe pas la chose volée trouvée chez lui ; *quantum* inconnu (23).

A qui appartenait l'action FURTI ? Il fallait :

a) Avoir été *détenteur* de la chose au moment du vol, car l'action représente la *vengeance*, et c'est celui entre les mains de qui la chose a été prise qui doit ressentir le désir de se venger (24). Par suite, il pouvait arriver que le propriétaire lui-même n'eût pas l'action *furti*. — Cependant on a fini par donner l'action *furti* au propriétaire non détenteur lorsqu'il n'avait pas d'action contre le détenteur, ou lorsque celui-ci était insolvable (25). *Quid* de l'acheteur avant la tradition (26) ?

b) Avoir intérêt à ce que le vol n'ait pas été commis. Ex. : possesseur de bonne foi, usufruitier, *conductor operis faciendi*, commodataire (27).

(18) G., III, § 189. — Voy. aussi L. 54, § 2, D. — L. 9, D.. *Ad. leg. Cornel. de sicar.*, 48, 8 ; *Aulu-Gelle*, 11, 18. — Servius *ad Virg.* Eneid., 8, 203. — Isidore, *Origines*, 5, 26. — (19) G., III, 190. — (20) G. III, §§ 186, 192, 193. — J., § 4. — (21) G., III, §§ 186, 191. — J., § 4. — (22) G., III, § 192. — (23) J., § 4. — (24) L. 13, L. 85, D., h. t. — (25) J., §§ 15, 16, 17. — (26) L. 14, pr., § 1, D. — Voy. *Contra* : P., II, 31, § 17. — (27) L. 74, L. 46, § 1, D. — J., § 15, h. t., et IV, 2, § 2 ; IV, 1, §§ 13-17.

Digitized by Google

c) Il fallait enfin que cet intérêt fût légitime ; donc le possesseur de mauvaise foi n'a pas l'action *furti* (28).

Contre qui l'action furti *est-elle donnée?*

Contre les voleurs, les complices, les recéleurs, et ceux qui tirent profit sciemment du délit commis (29). L'action ne peut être intentée entre époux, ni en cas de *furtum domesticum;* cependant il y a vol (intérêt quant aux complices et quant à l'usucapion, la chose étant *res furtiva*) (30). — En droit romain l'action *furti nec manifesti* était seule possible contre les complices, ce qui revient à dire que les circonstances aggravantes du vol n'influaient pas sur leur situation (31). Distinction entre les complices et les coauteurs (32).

Comment se détermine le montant de la condamnation au double, au triple, etc. ; en d'autres termes quelle est l'*unité*, quel est le *simple?* C'est l'intérêt qu'avait le demandeur à ce que le vol n'eût pas été commis (33).

B) Actions *rei persequendæ.* — *a*) Action *ad exhibendum.* — *b*) Revendication. — *c*) *Condictio furtiva* (34). — *d*) Action *rerum amotarum.* — Comment expliquer que le propriétaire eût contre le voleur la *condictio furtiva,* et qu'il pût ainsi se présenter comme créancier de sa propre chose ? Trois systèmes. Selon nous, cette *condictio* n'est au fond qu'une *condictio sine causa,* intentée contre le voleur qui s'était (comme cela arrive souvent) débarrassé de la chose ; elle était nécessaire dans ce cas, parce qu'*autrefois* on ne pouvait revendiquer contre ceux qui ne possédaient plus, eussent-ils perdu la possession par leur dol (35). Plus tard, cette *condictio* fut conservée, *odio furum,* bien que la revendication fût possible. Avantages de la *condictio furtiva* sur la revendication et l'action *ad exhibendum* (36) ; sur l'action *furti* (37). Avantages de

(28) L. 76, § 1, L. 12, § 1, D. — (29) L. 152 § 2, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 1, § 14, D., *De vi*, 43, 16. — (30) D., *De actione rer. amot.*, 25, 2. C., *eod.*, 5, 21. — L. 4, D., *De judiciis*, 5, 1. — L. 16, L. 17, pr., L. 89, D. — L. 11, § 1, D., *De pœnis*, 48, 19. — Comp. art. 380, C. Pénal et J., IV, 1, § 12. — (31) J., §§ 11, 12. — L. 34, D. — *Secus* C. Pénal, art. 59. — (32) L. 50, § 3, D. — Comp., G. III, § 202. — (33) L. 50, L. 27, pr., L. 47, § 2, L. 80, § 1, D. — Voy. aussi L. 74, D. — (34) D., *De cond. furt.*, 13, 1. — C., *eod.*, 4, 8. — (35) Comp. G., IV, 4 et J., IV, 1. § 19. — (36) J., § 19. — L. 7, § 2, D., h. t. — J., II. 1, § 26. — L. 20, L, 8, § 1, L. 13, L. 3, D. — (37) J., IV, 1, § 19.

Digitized by Google

l'action *furti* (38). — Sous l'Empire, le vol devint un délit public (39). La victime a le choix entre le *judicium publicum* et l'action pénale (40).

§ 2. — De la rapine. (J., IV, 2. — D., *De vi bonorum raptorum*, 47, 8. — C., *eod.*, 9, 33.)

La rapine est le vol avec violence.

Historique. — Autrefois on n'avait que l'action *furti*, ou le *judicium publicum de vi* (1). Création par le Préteur de l'action *vi bonorum raptorum* à l'époque des guerres civiles (2). Cette action était donnée originairement pour le cas où il y avait eu enlèvement d'objets ou dommages causés par *une troupe d'hommes armés*. Plus tard elle se confondit avec l'action *furti*, au point de vue des conditions exigées, sauf qu'il fallait qu'il y eût eu violence. — Mêmes règles que pour le vol. — Plus tard encore, des Constitutions prohibèrent la violence, même faite sans *affectus furandi* (3).

L'action *vi bonorum raptorum* est au quadruple, mais *mixte*, c'est-à-dire pénale pour trois unités et *rei persequendæ* pour une (4). En outre, on peut avoir la revendication, l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva*, mais si l'on a intenté l'une d'elles, l'action *vi bonorum raptorum* ne peut plus être intentée qu'au triple. — Comparaison entre l'action *vi bon. rapt.* et l'action *furti* (5). L'action *vi bon. rapt.* n'est plus donnée qu'au simple après l'année ; l'action *furti* est perpétuelle.

§ 3. — Du damnum injuria datum. (J., 4, 3. — P., I, 19, § 1. — D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — C., *De lege Aq.*, 3, 35.— Code pénal, art. 434 à 463, et 319, 320.)

Le principe d'équité, d'après lequel on doit réparer le dommage illicite qu'on cause à autrui, a d'abord été consacré à Rome dans certains cas seulement ; puis on a procédé par voie d'extension. — Loi des XII tables. — Loi Aquilia (367 ou 468, ou 528 de Rome). Trois chapitres. — (Nous réservons le deuxième).

(38) L. 1, L. 12, § 2, § 5, L. 6, D. — (39) J., § 19. — L. 92, D. — (40) L. 56, § 1, L. 92, D.

(1) L. 2, § 1, D., h. t. — (2) Cic., *Pro Tullio, passim.* — (3) L. 7, C., *Unde vi*, 8, 4. — J., IV, 2, § 1, *in fine*. — (4) Comp. L. 2, § 13, D. — J., IV, 2, § 2. — (5) Cic., *Pro Tullio.* — L. 80, § 4, D., *De furtis*, 47, 2.

Digitized by Google

A) *Éléments essentiels du* DAMNUM.

1° Éléments communs au premier et troisième chapitre. Il fallait que le *damnum* eût été causé :

a) *Injuria* (1) ; dol ou faute. Quand y a-t-il faute ? Exemples (2).

b) *Corpore*, c'est-à-dire au moyen d'une partie du corps. Exemples (3). Dans les cas où cette condition manquait, on finit par donner une action *in factum*.

c) *Corpori :* il faut qu'on ait endommagé *matériellement* un objet (4).

2° *Éléments spéciaux au premier chapitre.*

Il fallait avoir tué un esclave ou un quadrupède (*qui pecudum numero sunt*) (5).

3° *Éléments spéciaux au troisième chapitre.*

Ce chapitre s'appliquait à tout dommage, autre que la mort, causé aux choses indiquées dans le premier chapitre, et au dommage causé à tous autres objets (6).

B) *Obligations et actions qui naissaient du* DAMNUM. — L'obligation était de réparer le dommage causé ; l'action était celle de la *loi Aquilia* (7).

1° Résultat de cette action. — *a*) Si le défendeur avouait le fait, c'était la plus haute valeur de l'objet dans l'année avant le délit pour le premier chapitre, et dans les trente jours pour le troisième chapitre (8). L'action est mixte, car elle n'est *rei persequendæ* que pour la valeur de l'objet au moment du délit ; elle est pénale pour le surplus (9). — *b*) Si le défendeur niait le fait, condamnation au double (10).

2° A qui appartenait l'action ? Au propriétaire seul en principe (11)

3° Contre qui ? Contre l'auteur du délit, mais non contre les complices ni contre les héritiers, sauf dans la mesure de leur enrichissement. Exemple (12).

(1) G., III, § 211. — J., §§ 2 et 3. — (2) J., § 2, §§ 4 à 8. — L. 11, D., h. t. ; Comp. Rouen, 10 mai 1860, S., 61, 2, 223. — (3) J., § 16. — L. 7, § 3, L. 9, pr., L. 11, § 5, D., h. t. — (4) J., § 16, *in fine*. — (5) J., pr. — G., III, § 210. — L. 2, pr., D., h. t. — (6) G., III, § 217. — J., § 13. — (7) J., pr. — (8) J., § 9. — G., III, § 214. — J., §§ 14, 15 et G., III, § 218. — (9) J., § 9. — (10) J., IV, 6, § 19. — L. 7, § 1, D., *Commodati*, 13, 6, etc. — (11) L. 11, §§ 9 et 10, D., h. t. — (12) L. 23, § 8, D.

Digitized by Google

C) Extensions données à la loi Aquilia par la jurisprudence et le préteur. — Action *fictice* ou *in factum?*

1° Extensions quant au cas où l'action était donnée. — On n'exige plus que le dommage soit causé *corpore* et *corpori* (13). — On donne l'action même si la victime est une personne libre (14).

2° Extensions quant au montant de la condamnation. On prend en considération les dommages-intérêts extrinsèques (15).

3° Extensions quant aux personnes qui pouvaient intenter l'action. Usufruitier, usager (16). Remarque : Quelquefois le propriétaire est obligé de céder l'action aux créanciers de la chose (17).

Le *damnum* donnait quelquefois naissance à un *judicium publicum* (18). Mais l'action publique n'empêche pas l'action privée (19).

D) Deuxième chapitre de la loi Aquilia. Il donnait une action au créancier contre l'*adstipulator* qui avait fait remise de dette au débiteur (20).

§ 4.—De l'injure.(J., IV, 4.—P., V, 4.—*Lex dei*, II.—D., *De injuriis et famosis libellis*, 47, 10. —C., *eod.*, 9, 35.)

Divers sens du mot *injure*. Ici il signifie *outrage*.

Historique. — Loi des XII tables. *Carmina famosa :* peine capitale (1). Talion en cas de blessures, ou paiement d'une composition tarifiée par la loi : simples injures, vingt-cinq *as* (2). Réforme de la loi *Cornelia*. Elle donne l'option entre la poursuite criminelle et la demande d'une peine privée. Enfin *action prétorienne d'injures*. Différences entre l'action de la loi *Cornelia* et l'action prétorienne (3). L'action criminelle ne peut être cumulée avec l'action privée (4). Nous ne parlerons désormais que de l'action prétorienne.

(13) Voy. note 3. — (14) L. 5, § 3, L. 13 pr., D. — (15) J., § 10.— G., III, § 212. — (16) L. 11, § 1, D. — (17) L. 30, § 1, D. — L. 20, § 17, D., *De her. pet.*, 5, 3. — L. 27, D., *De pign.*, 20, 1. — (18) J., § 11.— L. 23, § 9. D. — (19) J., § 11. — L. 23, § 9, D. — Comp. L. 56, § 1, D., *De furtis*, 47, 2. — (20) L. 27, § 4, D.

(1) J., § 7. — G., III, § 223. — (2) Voy. *Aulu-Gelle*, 20, 1. — (3) L. 12, § 4, *in fine*, D., *De accusationibus*, 48, 2. — L. 2, § 32, D., *De orig. jur.*, 1, 2.— J., § 10.—L. 5, §§ 6. 7, L. 6, L. 7, § 1, L. 42, § 1, D., *De procur.*, 3, 3. — P., V, 4, §§ 12, 14. — (4) L. 6, *in fine* D.

Digitized by Google

A) *Éléments essentiels de l'injure.* — Il fallait : 1° Une atteinte à la dignité ou à l'exercice libre des droits d'une personne (5). Exemples. — 2° L'intention d'injurier. — 3° Le ressentiment de la victime (6). — 4° L'illégalité du fait. — La calomnie est punie, non la simple diffamation. *Secus* en droit français.

B) *Divisions des injures* (7). Au point de vue du procédé : *re, verbis, scriptura.* — Au point de vue du droit lésé : *Corps, biens, réputation.* — Au point de vue de leur gravité : *injuria atrox* ou *levis.* Développements (8). Différences pratiques entre l'*injuria atrox* et l'*injuria levis* (9).

C) *De l'obligation et de l'action qui naissaient de l'injure.*

L'action est purement pénale ; donc elle peut se cumuler avec d'autres actions *rei persequendæ* ou pénales (10).

L'action appartient à ceux qui ont été injuriés personnellement ou dans la personne des individus sous leur puissance (11). Le mari a aussi action pour injure faite à sa femme (12). L'injure contre un esclave peut atteindre le maître (13). Développements. Injures à la mémoire d'un mort, action au profit de l'héritier (14).

L'action peut-être intentée contre l'auteur et les complices (15). L'action d'injures s'éteignait par le laps d'une année, et par la mort de l'offenseur, s'il n'avait pas déjà intenté l'action (16).

CHAPITRE IV

Quatrième source des obligations : LES QUASI-DÉLITS (J., IV, 5.)

Notions générales. — Certains faits produisent des obligations analogues à celles qui naissent des délits, et

(5) J., § 1. — (6) J., § 12. — (7) L. 1, §§ 1, 2, D. — (8) J., § 9. — (9) L. 7, §§ 2, 3, D. — G., III, §§ 222, 224. — L. 30, § 1, L. 31, D. — (10) L. 15, § 46, L. 25, D., h. t. — L. 25. D., *De act. empti,* 19, 1. — (11) J., § 2. — L. 41, L. 17, § 10, D. — (12) L. 1, § 9, D. — J., § 2. — (13) J., § 3. — L. 1, §§ 34 et s. D. — (14) L. 1, §§ 4 et 5 D. — (15) J., § 11. — (16) J., § 12. — L. 17, § 6, L. 13, pr. D., h. t. — L. 5, C., h. t.

Digitized by Google

différentes de celles qui naissent des contrats ou quasi-contrats.

Intérêt de la distinction entre les obligations contractuelles et délictuelles : 1° Les obligations délictuelles ne passent aux héritiers du débiteur que dans la mesure de leur enrichissement. — 2° Le *pubertati proximus* peut s'obliger par un délit. — 3° La transaction sur une action délictuelle entraînant l'infamie, entraîne aussi l'infamie. — 4° Un esclave peut s'obliger civilement par un délit. — 5° Les délits commis par les *alieni juris* ne donnent lieu contre le maître qu'à des actions noxales. — 6° La *minima cap. dim.* n'éteint pas les obligations délictuelles. — 7° La faute délictuelle se distingue de la faute contractuelle.

Caractères généraux des quasi-délits. Comment les distinguer des délits ? (Renvoi plus haut, p. 100, n. 1).

§ 1. — Divers cas de quasi-délits.

Cas non cités au titre V des Institutes : Action *quod metus causa* et *de dolo*, action *de servo corrupto*, action *in factum* dans certains cas (1). — Cas cités aux Institutes : 1° Lorsque le *juge* par dol ou par ignorance rend un mauvais jugement, on dit qu'il a *fait le procès sien*, c'est-à-dire qu'il peut être *pris à partie* (2). Action *in factum* (3). Mais peut-on la cumuler avec l'anéantissement de la sentence, anéantissement obtenu par les moyens de droit commun ? — 2° Cas où l'on a fait tomber quelque chose d'une fenêtre sur la voie publique et causé quelque dommage. Action *de effusis et dejectis* contre le maître de la maison. Détails (4). — 3° Cas où l'on a suspendu des objets pouvant tomber sur la voie publique (5). — 4° Cas de vol ou de dommage dont l'aubergiste et le capitaine du navire sont responsables. Détails (5 *bis*).

(1) J., IV, 1, § 11. — (2) J., pr. — Voyez aussi G., IV, § 52. — L. 19, D., *De appellat.*, 49, 1. — (3) L. 15, § 1, D., *De judiciis*, 5, 1. — (4) D., *De his qui effuderunt*, 9, 3. — (5) D., *eod.* — (5 *bis*) D., *Nautæ, caupones*, 4, 9.

Digitized by Google

PREMIER APPENDICE AUX DÉLITS ET QUASI-DÉLITS

DE LA DIVISION DES ACTIONS EN : REI PERSEQUENDÆ, PŒNÆ PERSEQUENDÆ ET MIXTÆ. (D., *De obligationibus et actionibus*, 44, 7.)

Notions générales. — Cette division peut être envisagée :

1° En se plaçant au point de vue du demandeur. — L'action est *rei persequendæ*, lorsqu'elle tend à réparer une brèche faite à son patrimoine;—*pénale* lorsqu'elle tend à satisfaire sa vengeance en lui procurant un enrichissement au préjudice du défendeur qui est ainsi puni *(pœna)*; — *mixte*, lorsqu'elle présente à la fois ces deux caractères.

2° En se plaçant au point de vue du défendeur. — Toute action pénale du côté du demandeur, l'est nécessairement aussi du côté du défendeur; en outre, sont pénales les actions qui, sans enrichir le demandeur, appauvrissent le défendeur. Exemples.

Les jurisconsultes romains n'ont pas nettement distingué ces deux points de vue, ce qui fait la difficulté de cette matière. Pour la résoudre il ne faut pas diviser les actions pénales en *bilatérales* et *unilatérales ;* cette distinction produirait de la confusion, parce qu'au point de vue du concours des actions, les actions pénales unilatérales (c'est-à-dire pénales du côté du défendeur seulement), sont traitées comme actions *rei persécutoires*. Il vaut mieux se placer successivement au point de vue du demandeur et à celui du défendeur.

SECTION I. — *Au point de vue du demandeur.*

§ 1. — QUELLES SONT LES ACTIONS REI PERSEQUENDÆ, PŒNÆ PERSEQUENDÆ, MIXTÆ ?

Actions *rei persequendæ* (1) : 1° Les actions de créances nées des contrats ou des quasi-contrats, sauf les cas où *lis infitiando crescit in duplum* (2) ; dans ces derniers cas, l'action est mixte. — Les actions naissant des délits ne sont jamais *rei persecutoires*. Remarque : la *condictio*

(1) J., § 17. — (2) J., §§ 17, 26. — G., IV, § 9.

Digitized by Google

furtiva, action *rei persecutoire*, ne naît pas d'un délit, elle repose sur l'enrichissement indû, et naît par conséquent d'un quasi-contrat (3). Les actions délictuelles ou quasi délictuelles sont donc toujours pénales ou mixtes; exemples (4).

Actions pénales; elles naissent des délits ou des quasi-délits.

Actions mixtes; mêmes sonrces; elles peuvent aussi naître des contrats dans les cas où *lis infitiando crescit in duplum*. Encore pourrait-on dire que la partie pénale de l'action découle de l'*infitiatio* (dénégation mensongère) qui constituerait un quasi-délit.

§ 2. — Intérêts pratiques de cette division.

A) Lorsque plusieurs personnes sont tenues *in solidum* à raison d'un même fait, par une action *rei persécutoire*, l'action ne peut être intentée qu'une fois, et contre une d'entre elles. Si l'action est pénale, elle peut être intentée pour le tout contre chacune d'elles (5). *A ce point de vue*, les romains considèrent l'action de la loi *Aquilia* comme entièrement pénale (6).

B) Concours des actions. — Lorsqu'un même fait crée à notre profit plusieurs actions, pouvons-nous les intenter toutes? Le concours peut être soit *successif* (ex.: action *ad exhibendum* et *reivendicatio*); soit *cumulatif* (ex.: revendication et action *furti)*; soit électif (ex.: revendication et *condictio furtiva)*. — Principe général: *Bis de* EADEM RE *ne sit actio* (7).

Si l'on a *perdu* le premier procès, la question de savoir si l'on demande *eadem res* par la seconde action, est une question de *chose jugée*. — Si l'on a *gagné* le premier procès, c'est une question de *concours d'actions*. Ce concours est-il *électif absolu*, c'est-à-dire, après avoir intenté

(3) Voy. Savigny, *Syst.* V, App. 14, n° 17. — J., IV, 1, § 11. — L. 6, D., *De cond. furt.*, 13, 1. — L. 49, D., h.t. — (4) J., § 23. — (5) L. 1, C., *De cond. furt.*, 4, 8. — Voy. Savigny, *Syst.* V, p. 49. — L. 17, pr., D., *De dolo malo*, 4, 3. — L. 1, § 4, D., *De eo per quem*, 2, 10. — (6) L. 11, § 2, L. 51, § 1, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — Voyez Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I, p. 140. — (7) Quintilien, *Instit. orat.*, VII, 6, 4. — L. 43. § 1, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 57, D., *eod.*

Digitized by Google

la première action, a-t-on perdu complètement la seconde; est-il au contraire *cumulatif absolu*, en ce sens qu'on peut encore intenter la seconde action pour le tout; enfin est-il pour partie électif et pour partie cumulatif, en ce sens qu'on pourra intenter la seconde action pour obtenir seulement la différence en plus entre le montant de la condamnation sur cette seconde action, et le chiffre de celle qu'on a obtenue sur la première ? Distinction :

1° Le concours est électif (sauf pour la différence) dans les cas suivants :

a) Concours de deux actions *rei persequendæ;* ex. : concours de la *condictio furtiva* avec diverses actions reipersécutoires (8). Ce concours est électif, sauf dans le cas où l'on a intenté d'abord l'action la plus faible; on peut intenter ensuite la plus forte, en rendant ce que l'on a obtenu sur la première (9). Ne pas confondre le cas où l'on a *plusieurs actions* pour réaliser un même droit, avec celui ou l'on a le choix entre plusieurs droits (10). Dans ce dernier cas, c'est la *litiscontestation* sur la première action qui éteint l'autre, parce qu'elle implique l'option en faveur du premier droit; tandis que dans le cas de plusieurs actions garantissant un même droit, c'est le fait d'avoir obtenu condamnation en vertu de l'une d'elles, qui éteint la seconde (11). Même observation pour le cas de plusieurs débiteurs tenus identiquement de la même obligation (débiteurs corréaux).

b) Concours entre une action *reipersequendæ* et une action mixte (12). Difficultés quant au concours de l'action de la loi *Aquilia* avec une action réipersécutoire (13). Les textes qui parlent ici d'un concours électif pur et simple,

(8) L. 47, D., *Pro socio*, 17, 2. — L. 34, § 1, D., h. t. — L. 71, D., *De furtis*, 47, 2. — L. 9, § 1, D., *eod.* — L. 35, § 1, D., *Locati*, 19, 2. — L. 43, L. 38, § 1, D., *Pro socio*, 17, 2. — L. 28. D., *De act. empti*, 19, 1. — (9) Voy. note 8 et L. 9, § 1, D., *De furtis*, 47, 2. — L. 41, § 1, D., h. t. — (10) L. 7, D., *De lege com.*, 18, 3. — L. 18, pr., L. 19, § 6, D., *De ædil. edicto*, 21, 1. — L. 25, § 1, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. - L. 20, C., *De furtis*, 6, 2. — J., IV, 1, § 10. — Savigny, *Syst.*, t. V, p. 277. — (11) L. 4, D., *De his qui effud.*, 9, 3. — L. 7, § 4, D., *Quod falso*, 27, 6. — L. 18, § 3, D., *De pec. const.*, 13, 5. — L. 32, pr., D., *De peculio*, 15, 1. — L. 35, § 1, D., *Locati*, 19, 2. — (12) L. 2, § 26, D., *De vi bon. rapt.*, 47, 8. — L. 41, § 1, D., h. t. — (13) L. 2, § 3, D., *De privatis delictis*, 47, 1. — L. 7. § 1, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 34, § 2, *in fine*, D., h. t.

Digitized by Google

doivent s'entendre du cas (le plus fréquent) où la chose n'ayant pas changé de valeur dans l'année, le montant de la condamnation sur l'action *legis Aquiliæ* serait précisément égal à celui qu'on obtiendrait sur une action entièrement réipersécutoire (14).

2° Cas de concours électif absolu (motifs spéciaux) (15).

3° Concours cumulatif absolu.

a) Concours d'une action réipersécutoire et d'une action pénale (16).

b) Concours de deux actions pénales : 1° Lorsqu'une même injure atteint plusieurs personnes (17) ; 2° Lorsqu'il y a des coauteurs ou des complices (18) ; 3° Cas de deux délits successifs (19) 4° Cas d'un même fait violant à la fois plusieurs lois pénales ; controverses (20).

4° Concours électif pour la partie réipersécutoire et cumulatif pour la partie pénale : concours de deux actions mixtes (21).

Résumé général.

Remarques. — Le concours d'une action publique et d'une action pénale privée est généralement électif (22). Concours de deux actions publiques : cumul des peines (23).

Section II. — *Au point de vue du défendeur.*

Exemples d'actions présentant un caractère différent se-

(14) L. 27, § 1, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — L. 18, D., *eod.* — L. 13, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 36, § 2, D., *De hered. pet.*, 5, 3. — L. 50, pr., D., *Pro socio*, 17, 2. — L. 43, D., *Locati*, 19, 2. — L. 18, § 1, D., *Commod.*, 13, 6. — (15) L. 2, § 1, D., *De tut. act.*, 27, 3. — L. 55, § 1, D., *De adm. tut.*, 26, 7. — L. 1, § 21, D., *De tut. act.*, 27, 3. — L. 14, § 13, D., *Quod metus causa*, 4, 2. — (16) L. 7, § 1, D., *De cond. furt.*, 13, 1. — (17) L. 1, § 9, L. 18, L. 41, D., *De injuriis*, 47, 10. — (18) L. 1, C., *De cond. furt.*, 4, 8. — (19) L. 76, § 1. D., *De furtis*, 47, 2. — L. 2, § 4, D., *De privatis delictis*, 47, 1. — (20) Pour le concours électif absolu : L. 53, pr. ; arg. L. 34, pr., D., h. t. — Pour le concours électif, sauf la différence : L. 34, pr., D., h. t. — Pour le concours cumulatif absolu : L. 15, § 46, D., *De injuriis*, 47, 10. — L. 6, D., *Ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5. — L. 60, D., h. t. — L. 14, § 1, D., *Præscript. verb.*, 19, 5. — L. 11, § 2, D., *De servo corrupto*, 11, 3. — L. 32, D., h. t. — (21) L. 2, § 10, D., *Vi bon. rapt.*, 47, 8. — L. 2. § 1, D. *De privatis delictis*, 47, 1. — L. 1, L. 11, D., *Arb. furt. cæs.*, 47, 7. — L. 6, D., *Ad leg. Jul.*, 48, 5. — (22) L. 3, D., *De privatis delictis*, 47, 1. — L. 56, § 1, D., *De furtis*, 47, 2. — J., IV, 4, § 10. — L. 35, L. 45, D, *De injuriis*, 47, 10. — L. 23, § 9, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — (23) L. 9, C., *De accusat.*, 9, 2.

Digitized by Google

lon qu'on se place du côté du demandeur ou de celui du défendeur (1).

Intérêts de cette division :

A) Toute action pénale du côté du défendeur est noxale lorsqu'elle est donnée à raison du fait d'un *alieni juris* (2).

B) Les actions pénales du côté du défendeur, et non encore intentées, ne passent pas contre ses héritiers, si ce n'est dans la mesure de leur enrichissement (mais alors l'action est réipersécutoire pour cette partie) (3). Explication de la règle. — Son abrogation par le droit canonique (4).

DEUXIÈME APPENDICE AUX DÉLITS ET QUASI-DÉLITS

DES ACTIONS AU DOUBLE, AU TRIPLE, AU QUADRUPLE (J., IV, 6, §§ 21-28).

L'unité est l'intérêt du demandeur, intérêt représenté par l'*intentio* de sa formule. Le *criterium* de cette division résulte donc de la comparaison de l'*intentio* et de la *condemnatio*. L'actio *ex stipulatu duplæ* est donc au simple.

1° Actions toujours au double. — Actions au double *adversus infitiantem.*

2° Actions au triple (1).

3° Actions toujours au quadruple. Détails sur l'action *de calumnia* (2). L'action *quod metus causa* n'est au quadruple que contre celui qui n'obéit pas à l'*arbitrium* (3).

(1) L. 40, D., *De dolo malo*, 4, 3. — (2) Arg. L. 49, *in fine*, D., *De ob. et act.*, 44, 7. — (3) G., IV, § 112. — L. 17, § 1, L. 26, D., *De dolo malo*, 4, 3. — L. 35. pr., D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 44, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 1, D., *De eo per quem*, 2, 10. — L. 16, § 2, L. 19, D., *Quod metus causa*, 4, 2. — L. 9, § 8, L. 10, D., *De reb. auct. jud.*, 42, 5. — L. 1, § 48, L. 2, L. 3, pr., D., *De vi*, 43, 16. — L. *Unica*, C., *Ex delictis*, 4, 17. — (4) C. 5, X, *De raptor.*, 5, 17.

(1) J., § 24, h. t. — L. 2, § 2, C., *De plus pet.*, 3, 10. — (2) L. 1, pr., D., *De calumniatoribus*, 3, 6. — L. 3, § 3, D., *eod.* — (3) J., § 27, h. t.

Digitized by Google

THÉORIE DES FAUTES

Notions générales. — La question s'élève dans deux cas qu'il faut soigneusement distinguer :

1° Le débiteur d'un corps certain ne peut livrer la chose parce qu'elle a péri *par sa faute ;* ou bien elle s'est détériorée *par sa faute.*

2° Celui dont les affaires sont gérées par autrui subit un préjudice qui aurait pu être évité par une meilleure administration (1).

1er Cas. — Pour que le débiteur soit responsable, il faut : 1° Qu'il ait été tenu de veiller à la conservation de la chose *(Custodia).* Il n'y est tenu que dans les contrats de bonne foi, et non dans ceux de droit strict, dans lesquels il n'est responsable que de son *fait* (1 *bis*). Donc la théorie des fautes est étrangère aux contrats de droit strict (2). — 2° Qu'il n'ait pas veillé à la conservation de la chose avec autant de soin qu'il le devait. — Toute personne est tenue de sa *faute lourde*, et *a fortiori* de son *dol ;* quant à la faute légère, elle n'engage pas la responsabilité des débiteurs qui rendent un service ; ex. : le *dépositaire.*

2e Cas. — Personnes gérant les affaires d'autrui. Outre la *Custodia*, qui consiste simplement à garder la chose, ces personnes sont encore tenues de déployer une certaine activité *(Diligentia)* pour maintenir en bon état et faire fructifier la chose qu'ils administrent.

§ 1. — Division des fautes.

1° Du *dol*, faute commise sciemment.

2° De la *Culpa lata*, faute lourde (grossière) (3).

(1) Voy. L. 1, pr., D., *De tut. act.*, 27, 3. — L. 25, § 5, D., *Fam. ercis.* 10, 2. — L. 17, pr., D., *De jure dot.*, 23, 3. — L. 24, § 5, D., *Sol. mat.* 24, 3. — (1 *bis*) L. 33, § 1, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 7, § 3, D., *De dolo*, 4, 3. — L. 91, pr., D., *De V. O.*, 45, 1. — (2) Voy. Maynz, t. II, § 259, note 2. — (3) L. 213, § 2, L. 223, pr., D., *De V. S.* 50, 16. — L. 1, § 1, D., *Si mensor*, 11, 1. — L. 29, pr., D., *Mandati*, 17, 1. — L. 7, § 1, D., *De suspecto tutore*, 26, 10. — L. 5, § 15, D., *Ut in pos. legat.*, 36, 4. — L. 8, § 3, D., *De precario*, 43, 26. — L. 1, § 5, D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 1, § 2, D., *Si his qui test.*, 47, 4. — L. 226, D., *De V. S.*, 50, 16. — L. 32, D., *Dep.*, 13, 6.

Digitized by Google

3° *Culpa levis*, intermédiaire entre la faute lourde et le cas fortuit.

Quel est le type auquel on doit comparer la personne accusée de faute ?

1er système. — Il y a deux types, suivant les cas : 1er type : le bon propriétaire idéal, l'administrateur irréprochable (4).— 2e type : celui-là même à qui l'on reproche la faute, c'est-à-dire qu'on recherche s'il a donné à la chose confiée à sa garde les soins qu'il donne à ses propres choses.

2e système. — Deux types selon les cas : — 1er type : un bon propriétaire ordinaire (5) ; la faute qu'il ne commettrait pas s'appelle *culpa levis in abstracto*. — 2e type : celui-là même à qui l'on reproche la faute ; la faute qu'il ne commettrait pas dans ses propres affaires s'appelle *culpa levis in concreto*. Objection : cette dernière faute ne se confond-elle pas avec la *culpa lata*, ou même avec le *dol* (6) ? On répond qu'il y a une différence en ce que le débiteur sera tenu même de la *culpa levis in abstracto*, s'il ne réussit pas à prouver qu'il est aussi négligent pour ses propres affaires.

Critique de ces deux systèmes.

3e système. Il se distingue *théoriquement* du précédent en ce qu'il n'admet qu'un type : le bon propriétaire ordinaire. Celui qui n'agit pas comme ce modèle, commet *culpam*, mais peut dans certains cas invoquer une excuse légale, à savoir qu'il n'est pas plus soigneux pour ses propres affaires.

4e système. — Il n'admet aussi qu'un type : le bon propriétaire ordinaire ; mais il diffère du précédent en ce qu'il n'applique pas l'excuse légale à la *culpa* commise dans la garde de la chose *(custodia)*, cette excuse ne s'applique qu'à la *diligentia*. — En outre, il faut remarquer que, même dans deux contrats semblables, on se montrera plus ou moins rigoureux, suivant que le débiteur

(4) Accarias § 666. — L. 25, § 7, D., *Locati*, 19. 2. — L. 18, pr., D., *Commodati*, 13, 6. — (5) L. 25, pr., D., *De probat.*, 22, 3. — L. 32, D., *Depositi*, 16, 3. — (6) L. 32, D., *Depositi*, 16, 3. — L. 22, § 3, D., *Ad Snc. Trebell.*, 36, 1.

Digitized by Google

responsable de la chose retire ou non un avantage du contrat, et suivant d'autres circonstances de fait (7). Enfin, les conventions des parties peuvent modifier l'étendue de la responsabilité (7 *bis*).

§ 2. — Application de ces principes.

1° Cas dans lesquels on ne doit que *custodia*.

A) Actes juridiques dont la personne responsable ne retire aucun avantage ; elle n'est tenue qu'en cas de dol ou de *culpa lata*. — Dépositaire (8) ; exceptions (9). — Commodant (10). — Donateur (11). — Le grevé d'une disposition testamentaire, s'il ne tire aucun émolument du testament (12).

B) Actes juridiques dont la personne responsable retire un avantage, soit que l'autre partie en retire aussi, ou non. Elle est tenue de la *culpa levis in abstracto ;* c'est ce qui a lieu dans la vente (13) ; dans le louage (14) ; dans les contrats innommés (15) ; dans le gage (pour le créancier gagiste) (16) ; dans le mandat (pour le mandant) ; dans le dépôt (pour le déposant) (17). — Par exception, et en vertu de motifs spéciaux, l'*agrimensor*, quoique salarié (18) et les concessionnaires à précaire (19) ne sont tenus que de leur dol ou de leur faute lourde.

2° Personnes qui doivent non seulement *custodiam*, mais encore *diligentiam*.

A) Quant à la *custodia*. — Après quelques dissentiments, on finit par écarter ici toute distinction entre le cas où ces personnes tiraient un avantage de l'acte, et le cas contraire. Dans le dernier état du droit romain, ces

(7) L. 5, § 2, L. 18, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 108, § 12, D., *De legat.* 1° 30. — (7 *bis*) L. 5, § 2, D., *Commodati*, 13, 6. — (8) L. 213, § 1 ; L. 226, D.; *De V. S.*, 50, 16. — *Lex Dei*, X, 2, §§ 1, 2 ; X, 5. — J., III, 15, § 3. — L. 1, § 8, D., *Depositi*, 16, 3. — (9) Voy. note 7 et L. 5, § 2, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 1, § 35, D., *Depositi*, 16, 3. — (10) L. 18, § 3, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 22, D., *eod.* — L. 61, § 6, D., *De furtis*, 47, 2. — (11) L. 18, § 3, D., *De donat.*, 39, 5. — (12) L. 108, § 12, D., *De legat.* 1° 30. — L. 47, §§ 4 à 6, D., *eod.* — (13) J., III, 23, § 2. — L. 3, L. 11, D., *De peric. et commodo*, 18, 6. — (14) J., III, 24, § 5. — L. 28, C., *Locati*, 4, 65. — (15) L. 5, § 1, L. 17, §§ 1 et 2, D., *Pr. verbis*, 19, 5. — (16) L. 13, § 1, L. 14, D., *De pign. act.*, 13, 7. — (17) L. 61, § 5, D., *De furtis*, 47, 2. — (18) L. 1, § 1, D., *Si mensor*, 11, 6. — (19) L. 8, §§ 3 et 6, D., *De precario*, 43, 26.

Digitized by Google

personnes sont tenues de la *culpa levis in abstracto*. — Applications : tuteur et curateur (20) ; mandataire (21) ; gérant d'affaires ; ce dernier a toujours été tenu de sa faute légère (22), sauf un cas exceptionnel (23).

B) Quant à la *diligentia*. — On exige habituellement celle d'un bon propriétaire, mais dans certains cas on ne demande que l'activité que la personne déploie dans ses propres affaires. — Applications : tuteur (difficultés et peut-être controverses) (24) ; associé (25) ; copropriétaire (26) ; mari relativement au fonds dotal (27).

Les textes imposent encore la *diligentia* au commodataire (28), au grevé d'une libéralité testamentaire qui retire un émolument du testament (29) ; mais ici *diligentia* signifie seulement qu'ils doivent sauver la chose dont ils sont responsables de préférence à la leur, ce qui au fond, n'est que la *custodia* poussée au superlatif (30).

Explication de la loi *Contractus* (31).

§ 3. — Exposé de la théorie enseignée anciennement sous le nom de *théorie des trois fautes*.

1° *Culpa lata*. — C'est la seule qu'on puisse imputer à celui qui ne tire aucun avantage de l'affaire.

2° *Culpa levis*. — (type : le bon propriétaire ordinaire). On est responsable de cette faute lorsque l'acte est intéressé de part et d'autre.

3° *Culpa levissima* (32) (type : le propriétaire le plus soigneux), lorsque l'acte est fait pour l'avantage exclusif de la personne responsable.

(20) L. 20, C., *Neg. gest.*, 2, 19. — L. 7, § 2, L. 13, § 1, D., *De adm. et per.*, 26, 7. — L. 7, C., *Arbit. tut.*, 5, 51. — *Lex Dei*, X, 2, § 3. — (21) Même texte et arg. L. 5, § 4, D., *Pr. verb.*, 19, 5. — L. 23, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — LL. 11, 13, 21, C., *Mandati*, 4, 35. — (22) J., III, 27, § 1, *in fine*. — L. 22, C., *Neg. gest.*, 2, 19. — L. 23, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (23) L. 3, § 9, D., *Neg. gest.*, 3, 5. — (24) L. 1, pr., D., *De tut. act.*, 27, 3. — Comp. L. 33, D., *De adm. et per.*, 26, 7. — L. 7, C., *Arbit. tut.*, 5, 51. (25) J., III, 25, § 9. — L. 52, §§ 1 et 2, D., *Pro socio*, 17, 2. — L. 72, *eod.* (26) L. 25, § 16, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — (27) L. 17, pr., D., *De jure dot.*, 23, 3. — L. 18, § 1, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — (28) L. 5, § 2, *in fine* et § 4, D., *Commod.*, 13, 6. — L. 18, pr., D., *eod.* — (29) Voy. note 12 *suprà*. — (30) Voy. art. 1882, C. civ. — (31) L. 23, D., *De reg. juris*, 50, 17. — (32) L. 44, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2.

Digitized by Google

Critique de cette théorie. — Il n'y a de *culpa levissima* qu'en matière délictuelle ; en dehors de cette hypothèse, on ne peut jamais être responsable d'une faute dont un propriétaire exceptionnel saurait seul être exempt. Enfin, peu importe, du moins au point de vue de la *custodia*, que la personne responsable soit seule intéressée au contrat (33).

Remarques. — Les Romains ont plutôt cherché à résoudre équitablement chaque cas en particulier, qu'à présenter une théorie générale des fautes ; aucune tentative de généralisation ne peut donc être entièrement satisfaisante. D'ailleurs l'infinie variété des cas ne permet guère de poser ici des règles absolues ; l'article 1137 C. civil s'est inspiré de cette idée. — Remarquons enfin que la théorie des fautes est étrangère aux obligations de donner un genre, et que, dans les obligations de faire, le débiteur est rigoureusement tenu d'exécuter le fait promis, à moins d'impossibilité absolue. (Voy. *suprà*, p. 37 *in fine* et 38).

§ 4. — De la faute délictuelle.

C'est la faute dommageable, tombant sous le coup de la loi *Aquilia*.

A) Différences entre cette faute et la faute contractuelle.

1° *In lege Aquilia etiam levissima culpa venit* (1). Explication.

2° La faute contractuelle peut consister *in ommittendo* (2).

3° La responsabilité contractuelle peut être conventionnellement modifiée (3).

4° L'action qui sanctionne la faute contractuelle passe contre les héritiers (Voy. plus haut, p. 113, B).

B) Concours de la faute contractuelle et de la faute dé-

(33) L. 13, § 1, D., *De pigner. act.*, 13, 7. — L. 3, D., *De Peric. et com.*, 18, 6.

(1) L. 44, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — L. 36, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (2) L. 13, § 2, *in fine*, D., *De usuf.*, 7, 1. — L. 30, § 3, D., *Ad. leg. Aq.*, 9, 2. — *Non obstat* J., IV, 3, § 6. — (3) L. 23, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 27, § 4, D., *De pactis*, 2, 14.

Digitized by Google

lictuelle. — *Quid* si une personne tenue de la faute contractuelle, commet une faute délictuelle : 1° Intentionnellement ou par une imprudence grave ; alors elle est tenue de l'action du contrat et de celle de la loi *Aquilia* (Voy. plus haut, concours des actions, p. 111, n. 13) (4) ; 2° Mais *quid*, si la faute délictuelle n'est pas assez grave pour que le débiteur en fût tenu si on ne la considérait que comme faute contractuelle.(5) ? Le débiteur ne sera pas obligé, s'il s'est tenu dans les limites du contrat (6).

TITRE II

Des personnes en matière d'obligations.

GÉNÉRALITÉS. — Deux questions : 1° Quelles personnes peuvent devenir créancières ou débitrices (question de *capacité*) ? — 2° Par l'intermédiaire de quelles personnes peut-on devenir créancier ou débiteur (question de *représentation*) ?

CHAPITRE I

DE LA CAPACITÉ DE DEVENIR CRÉANCIER OU DÉBITEUR.

Observations générales. — La capacité de devenir créancier est plus large, pour les *sui juris*, et plus étroite pour les *alieni juris*, que celle de devenir débiteur. La capacité varie avec la source d'obligation. — Le droit prétorien s'écarte ici souvent du droit civil. — La capacité étant la règle, il suffira de parler des incapables.

SECTION I. — *De l'incapacité des personnes* SUI JURIS.

(4) L. 7, § 8, D., *Ad. leg. Aq.*, 9, 2. — L. 7, § 1, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 34, § 2, *in fine* D., *De O. et A.*, 44, 7. — (5) Voy. J., III, 14, § 3. — (6) Arg. *a contrario* de L. 36, D., *De reg. jur.*, 50, 17.

Digitized by Google

§ 1. — Du pupille.

A) L'*infans* ne peut être obligé que par quasi-contrat, et seulement dans les cas où aucune volonté n'est requise de la part du débiteur (1). Il peut devenir créancier par quasi-contrat, délit, ou quasi-délit accomplis par une autre personne, — L'*auctoritas tutoris* ne peut ici relever l'*infans* de son incapacité (2). Exceptions (3).

B) L'*infantiæ proximus* est soumis aux mêmes règles, sauf que le tuteur peut ici interposer son *auctoritas* et que le pupille peut devenir créancier en agissant seul, si l'acte n'exige seulement qu'*aliquis intellectus* (4).

C) Le *pubertati proximus* peut en outre devenir débiteur par un délit ou un quasi-délit (5).

Observations. — Si le pupille s'est enrichi par suite de l'acte, il est en tout cas tenu *civilement* (depuis Antonin le Pieux) jusqu'à concurrence de son enrichissement (6) ; pour le surplus, il est tenu *naturellement* (pourvu qu'il ne soit pas *infans*) (7).

Quid si le pupille (non *infans*) a fait un contrat synallagmatique ? — Il a pu devenir créancier, mais non débiteur (8). D'un autre côté, il est pourtant tenu dans les limites de son enrichissement (9). — Conséquences de ces deux principes. *a)* Avant l'exécution du contrat par l'autre partie. Le pupille qui demanderait cette exécution, sans vouloir l'exécuter lui-même avec l'*auctoritas* de son tuteur, ou le faire ratifier, serait repoussé par l'exception de dol (10). — *b)* Si le pupille a exécuté seul, il peut répéter. — *c)* Si l'autre partie a seule exécuté au profit du pupille non assisté (car autrement il y aurait ratification) elle ne peut réclamer que l'enrichissement du pupille. — *d)* Si les deux parties ont exécuté (sans ratification par le tuteur ou

(1) L. 1, L. 5, pr., D., *De auctor. et cons. tut.*, 26, 8. — (2) L. 5, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (3) L. 65, § 3, D., *Ad Snc. Trebel.*, 36, 1. — L. 32, § 2, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (4) J., III, 14, §§ 9 et 10. — (5) J., IV, 1, § 18. — (6) L. 5, pr., D., *De auctor et cons.*, 26, 8. — L. 3, pr. D., *Commodati*, 13, 6. — L. 47, pr., D., *De sol.*, 46, 3.— (7) J., III, 29, § 3.— G., III, § 119. — (8) L. 13, § 29, D., *De act. empti*, 19, 1. — (9) Voy. note 6. — (10) Arg. L. 8, pr., D., *De doli mali except.*, 44, 4. — L. 7, § 1, D., *De rescind. vend.*, 18, 5.

Digitized by Google

par le pupille devenu pubère), le pupille ne peut répéter qu'en rendant son enrichissement.

§ 2. — De la femme en tutelle.

En matière d'obligations, la femme en tutelle, à l'époque classique, avait une capacité analogue à celle du *pubertati proximus;* mais en outre le Préteur pouvait forcer le tuteur, à moins qu'il ne fût tuteur légitime (ascendant ou patron), à prester son *auctoritas* (11). — Sous le Bas-Empire, la capacité de la femme est la même que celle de l'homme, sauf les dispositions du sénatusconsulte Velléien.

§ 3. — De l'adolescent.

Sa capacité est évidemment au moins aussi grande que celle du *pubertati proximus;* mais peut-il s'obliger par contrat ?

1er système. — Il a toujours pu s'obliger *jure civili* (12); mais, *jure prætorio,* il a droit à la *restitutio in integrum* pour cause de lésion (voy. *Résumé*, t. I, p. 64). — Différences entre l'incapacité prétorienne et l'incapacité civile. — Réfutation de ce système (13).

2e système. — Le mineur a toujours été, même *jure civili,* incapable de s'obliger sans le *consensus* de son curateur. — Réfutation (14).

3e système. — Distinction historique. — Depuis Constantin, le mineur, *pourvu d'un curateur général,* était incapable, même *jure civili,* de s'obliger par un contrat (14 *bis*).

§ 4. — Du fou.

Dans un intervalle lucide, il est pleinement capable; pendant sa folie, sa capacité n'est pas plus étendue que celle de l'*infans* (15).

§ 5. — Du prodigue.

Il peut toujours devenir créancier. Sa capacité de devenir débiteur est analogue à celle du *pubertati proximus.*

(11) G., III, § 108 et I, §§ 190, 192. — U., XI, § 27. — (12) L. 101, et arg. L. 141, § 2, D., *De V. O.*, 45, 1.— (13) L. 3, C., *De in integr. rest.*, 2, 22. — (14) L. 101, D., *De V. O.*, 45, 1.— (14 *bis*) Voy. note 13.—(15) L. 3, § 5, D., *Neg. gest.*, 3, 5. — L. 24, D., *De O. et A.*, 44, 7.

Digitized by Google

SECTION II. — *De l'incapacité des personnes* ALIENI JURIS.

§ 1. — Incapacité des *alieni juris* à l'égard de leur *dominus* ou *paterfamilias*, et des membres de la même *domus*. — Entre personnes appartenant à la même *domus*, il ne peut naître que des obligations naturelles (1). *Secus* au point de vue du *pécule castrans* du *filiusfamilias* (2).

§ 2. — Incapacité des *alieni juris* à l'égard des tiers.

I. DE L'ESCLAVE. — Il ne s'oblige que *naturellement* par ses contrats (3). — Il s'oblige *civilement* par ses délits, en ce sens qu'on pourra l'actionner quand il sera libre.

II. DU FILS DE FAMILLE. — Il est parfaitement capable de s'obliger et d'être actionné (4) ; il ne peut pourtant emprunter (5). S'il est impubère, il ne saurait s'obliger, même *auctore patre* (6).

Du sénatusconsulte Macédonien. (D., *Ad Snc. Macedonianum*, 14, 6. — C., *eod.*, 4, 28. — J., IV, 7, § 7.)

En vertu de ce sénatusconsulte, le *filiusfamilias* ne pouvait s'obliger par un emprunt, ni obliger *de peculio* son *pat. fam.* par suite d'un emprunt. Cette dernière prohibition s'applique aussi aux filles (7). La nullité s'étend au cautionnement fourni par un tiers, à moins que la caution ne se soit engagée *donandi animo*, c'est-à-dire sans recours contre le fils de famille (8). Mais l'obligation naturelle subsiste (9). — Sanction de la nullité : refus d'action, ou insertion de l'exception du Snc. Macédonien. — Exceptions : 1° Lorsque le fils de famille emprunte pour son pécule castrans (10) ; 2° Lorsque le *pat. fam.* a consenti, ratifié (11), ou qu'il a profité *directement* de l'*emprunt* (12), ou enfin lorsque le fils a employé l'argent à des dépenses nécessaires pour son instruction (13). Autres exceptions (14).

(1) J., III, 19, § 6. — G., III, § 104. — L. 38, pr., § 1, 2, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (2) L. 15, §§ 1, 2, D., *De cast. pecul.*, 49, 17. — (3) L. 14, D., *De O. et A.*, 44, 7.—Voy. cep. L. 21, § 1, D., *Depositi*, 16, 3. — (4) L. 141, § 2, D., *De V. O.*, 45, 1. — (5) D., *Ad Snc. Macedo.*, 14, 6. — (6) Voy. note 4 et J., III, 19, § 10 *in fine*. — (7) L. 9, § 2, D., h. t. — (8) L. 9, § 3, D. — (9) L. 10, D. — (10) L. 1, § 3, L. 2, D. — (11) L. 12, D. — (12) L. 7, § 12, D. — (13) L. 5, C., h. t. — (14) L. 7, § 1, C., — L. 11, § 7, L. 34, D., *De minoribus*, 4, 4.

Digitized by Google

III. De la fille de famille. — Il est aujourd'hui certain qu'à l'époque de Gaius la *filiafamilias* était incapable de s'obliger (15). Il en était encore de même au temps d'Ulpien (16) et de Paul (17). Cependant le Snc. Macédonien s'appliquait aux *filiæfamilias,* en ce sens qu'elles ne pouvaient, par des emprunts, obliger *de peculio* leur *pat. fam.* (18). Sous Justinien, la fille de famille a la même capacité que le fils de famille (19).

CHAPITRE III

PAR L'INTERMÉDIAIRE DE QUELLES PERSONNES PEUT-ON DEVENIR CRÉANCIER OU DÉBITEUR ?

Section I. — *Devenir créancier.* (J., III, 17. — D., *De stipulatione servorum,* 45, 3.)

§ 1. — Par l'intermédiaire de personnes placées sous notre puissance. (Comp. *Résumé,* t. I, p. 135 à 140.)

I. Esclave. — Il emprunte la capacité de son maître, et lui acquiert des créances à son insu et même malgré lui (1). C'est le maître au moment de la stipulation, même conditionnelle, qui acquiert (2). — Il faut que le maître puisse acquérir cette créance. — Peu importe que l'esclave stipule *sibi, domino, conservo suo,* ou *impersonaliter* (3). — L'esclave abandonné ne peut stipuler (4). — Esclave d'une cité (5). — Esclave d'une hérédité jacente (6). Suivant les Sabiniens qui l'emportèrent probablement, il pouvait stipuler nominativement pour l'héritier futur (7). Différences entre la stipulation faite par l'esclave d'une hérédité jacente et celle faite par l'esclave d'une personne

(15) G., *édition Studemund,* III, § 104. — Comparez l'interpolation dans L. 141, § 2 (Gaius) D., *De V. O.,* 45, 1. — (16) L. 3, § 4, D., *Commodati,* 13, 6. — (17) V., § 99. — (18) L. 9, § 2, D. — L. 6, C. — (19) Voy. l'interpolation dans L. 141, § 2, D., *De V. O.,* 45, 1.

(1) L. 62, D. *De V. O.,* 45, 1. — L. 15, § 35, D., *De injuriis,* 47, 10. — (2) L. 40, D., h. t. — L. 144, D., *De reg. jur.,* 50, 17. — (3) J., § 2, h. t. — L. 44, D., *De cond. et dem.,* 35, 1. — (4) L. 36, D. — (5) L. 1, D., *De divis. rerum,* 1, 8. — (6) J., pr., h. t. — L. 34, D., *De adq. rer. dom.,* 41, 1. — (7) L. 28, § 4, L. 16, L. 18, L. 35, D. — L. 54, D., *De adq. hered.,* 29, 2.

Digitized by Google

vivante (8). — De l'esclave d'un pécule castrans (9). — Esclave d'un captif de guerre (10). — De l'esclave dont une personne a l'*in bonis*, et une autre la propriété quiritaire (11). — De l'esclave commun ; en principe la créance est acquise aux maîtres en proportion de leurs parts dominicales (12). — Exceptions (13). — Esclave soumis à un droit d'usufruit, esclave d'autrui ou homme libre possédé de bonne foi. Ils acquièrent à l'usufruitier, ou au possesseur, lorsque la créance naît *ex re domini* (l'usufruitier ou le possesseur), ou *ex operis servi* (14). L'usager d'un esclave n'acquiert que *ex re suâ* par son intermédiaire.

II. Personnes in patria potestate. — Elles ont la capacité personnelle de stipuler, mais la créance est acquise, en principe, à leur *pat. fam.* Exceptions (15).

III. Personnes non soumises a notre puissance. — En principe, on ne peut acquérir de créances par leur intermédiaire (16). Dérogations successives : cas de *mutuum* (17) ; cas où l'on donne au représenté l'action utile contre les tiers qui ont traité avec le représentant (18). Renvoi à la tutelle, au mandat et à la gestion d'affaires.

Section II. — *Des personnes par l'intermédiaire desquelles on peut devenir débiteur.* (Actions *adjectitiæ qualitatis*).

Notions générales. — En principe, on ne peut devenir débiteur par l'intermédiaire d'autrui. — Dérogations prétoriennes. — Dérogations du droit civil. — Actions données contre le *pat. fam.* à raison des contrats et quasi-contrats de ses *alieni juris*. Actions *noxales* au cas où ils ont commis des délits. Les commentateurs ont appelé ces diverses actions : *adjectitiæ qualitatis*, parce que le *pat. familias* y est actionné en sa *qualité* de père ou de maître, et non à raison de ses actes personnels.

(8) L. 26, D. — L. 73, § 1, D., *De V. O.*, 45, 1. — (9) L. 14, § 1, D., *De castr. pec.*, 49, 17. — (10) L. 18, § 2, D., *De stip. serv.*, 45, 3. — (11) G., III, § 166.— (12) J., III, 17, § 3. — (13) G.. III, § 67.— J., III, 28, § 3. — L. 3, C., *Per quas personas*, 4, 27. — (14) J., III, 28, §§ 1, 2. — G., III, §§ 164, 165. — (15) G., III, § 114. — J., III, 28, pr., *in fine*. — (16) L. 43, § 1, D., *De jure dot.*, 23, 3. — (17) L. 15, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (18) L. 79, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 2, 3, 4, D., *Rem pupilli*, 46, 6. — L. 2, D., *Quando ex facto tut.*, 26, 9. — L. 5, § 2, D., *De pec. constit.*, 13, 5.

Digitized by Google

SOUS-SECTION I. — *Contrats et quasi-contrats des* ALIENI JURIS.

§ 1. — DE L'ACTION QUOD JUSSU (J., IV, 7, § 1. — G., IV, § 70. — D., *Quod jussu*, 15, 4.)

Un tiers a contracté avec un esclave ou un *fil. fam.*, sur l'ordre, ou avec l'autorisation du maître ou du *pat. fam.* ; il a donc suivi la foi de ce dernier, et il a contre lui, et pour le tout, l'action résultant du contrat, action qui est donnée ici « *quod jussu domini*, etc. ».

§ 2. — ACTION EXERCITOIRE. (J., IV, 7, § 2. — D., *De exercitoria actione*, 14, 1.)

L'action du contrat passé avec le *magister navis* (capitaine) esclave ou libre (1), est donnée pour le tout contre l'*exercitor* (armateur), parce qu'il est censé avoir autorisé les tiers à traiter avec le *magister navis*.

§ 3. — ACTION INSTITOIRE. (J., IV, 7, § 2. — D., *De institoria actione*, 14, 3.)

Elle est donnée pour le tout contre le *préposant*, à raison des contrats passés par les tiers avec la personne préposée à une boutique *(institor)*. — Ressemblances et différences entre l'action exercitoire et l'action institoire (2).

§ 4. — ACTION TRIBUTOIRE. (J., IV, 7, § 3. — D., *De tributoria actione*, 14, 4.)

Ici le maître ne fait plus lui-même le commerce par l'entremise d'un préposé. Un esclave, ayant un pécule, l'emploie en tout ou partie à faire le commerce au su de son maître. Les créanciers de ce commerce se font payer sur le fonds de commerce, de préférence à tous autres créanciers du pécule ou du maître (3). Ils subissent le concours du maître, si celui-ci est créancier du pécule commercial (4). Le maître distribue le pécule commercial entre tous les créanciers qui donnent caution de restituer ce qu'ils pourraient recevoir en trop, si des créanciers avaient été omis dans la distribution (5).

(1) L. 1, § 17, D., h. t. — J., § 2, h. t. — (2) L. 1, § 5, D., h. t. — (3) L. 5, §§ 3, 4, 11, 14, D., h. t, — (4) L. 1, pr., § 2, L. 5, §§ 7, 19, L. 6. D., h. t. — (5) L. 7, pr., § 1, L. 5, § 19, D., h. t.

Digitized by Google

§ 5. — ACTION DE PECULIO ET DE IN REM VERSO. (J., IV, 7, § 4. — D., *De peculio et de in rem verso*, 15, 1.)

Le pécule est le patrimoine confié à l'esclave, et distinct *en fait* de celui dont le maître a gardé l'administration (6).

Les personnes *in patria potestate* peuvent aussi avoir des pécules soumis aux mêmes règles, sauf que le fils de famille peut s'obliger personnellement. — Des obligations naturelles peuvent exister entre ces deux patrimoines. — L'esclave peut *toujours* par ses contrats obliger le pécule (7). *Quid* de l'aliénation (8) ? Les créanciers du pécule ont contre le maître ou le *pat. fam.* l'action *de peculio et de in rem verso* qui comporte deux condamnations : — *a*) *De in rem verso*, condamnation du maître dans la mesure du profit qu'il a retiré *directement* (et non pas par l'intermédiaire du pécule) de l'obligation contractée par l'*alieni juris* (9) ; — *b*) *De peculio*, condamnation pour le surplus de la créance, jusqu'à concurrence de la valeur du pécule, déduction faite des créances du maître (10), sans rien réserver pour les créanciers retardataires ; l'avantage est donc au plus diligent. — Le maître peut d'ailleurs abandonner le pécule (11). — Les créanciers non désintéressés peuvent poursuivre de nouveau, si le pécule revient à meilleure fortune (12). — L'action *de peculio* s'éteint par le laps d'une année utile après le retrait du pécule, la mort, l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave (13). — Comparaison de la condamnation *de peculio*, et de celle *de in rem verso*.

Observations. — En principe les règles sont les mêmes si l'obligation a été contractée par un fils de famille (13 *bis*), sauf que : 1° Le fils de famille s'oblige lui-même (14) ; 2° Il peut être actionné personnellement (15) ; d'ailleurs il jouit, dans certains cas, du bénéfice de compétence (16) ;

(6) L. 5, § 4, D. — (7) L. 29, § 1, L. 47. pr., D. — (8) L. 19, D., *De fidej.*, 46, 1. — L. 10, C., *Quod cum eo*, 4, 26. — (9) L. 6, L. 5, § 3, L. 3, §§ 2, 7, 8, 9, D., *De in rem verso*, 15, 3. — (10) L. 10, § 6, D., *eod.* — L. 7, § 4, L. 17 *in fine*, L. 9, § 8, L. 10, L. 52, § 1, L. 9, §§ 2, 4, 5, D. — L. 22, § 13, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — J., § 4. — (11) L. 9, D., *Comm. div.*, 10, 3. — L. 51, D. — (12) L. 30, § 4, D. — (13) L. 1, pr., §§ 1 à 4, D., *Quando de peculio actio am.*, 15, 2. — (13 *bis*) J., § 6. — (14) L. 3, pr., D., *Quod cum eo*, 14, 5. — (15) L. 3, § 4, D., *De min.*, 4, 4. — (16) Même texte et L. 10, 2, D., *De fidej.*, 46, 1.

Digitized by Google

3° Par suite il y a alors deux débiteurs, savoir : le fils de famille personnellement, et le *pat. familias de peculio et de in rem verso* (17) ; 4° Si le fils de famille, qui s'est obligé par un délit, est actionné et condamné, comme l'obligation d'exécuter la sentence naît *quasi ex contractu,* le *pat. fam.* sera tenu *de peculio* de l'action *judicati* (18) ; 5° Le fils de famille peut obliger le pécule par une *intercessio* (19), non par un emprunt ; le contraire a lieu pour l'esclave.

§ 6. — Du concours de ces diverses actions entre elles. (J., IV. 7, § 5.)

Celui qui a l'action *quod jussu,* exercitoire, institoire, ou *de in rem verso,* peut aussi agir *de peculio,* s'il y a un pécule, mais cette action est moins avantageuse. — Ces diverses actions prétoriennes étaient probablement *fictices.* — Enfin le droit civil donna directement contre le chef de famille la *condictio,* dans le cas des actions *de in rem verso, quod jussu,* exercitoire et institoire (20). Cette *condictio* naît *quasi ex contractu;* selon d'autres elle ne serait que l'application d'un principe général en vertu duquel toute action *in personam* peut être remplacée par une *condictio certi* (21).

Sous-Section II. — *Délits et quasi-délits des* alieni juris. *Actions noxales.* (J., IV, 8. — D., *De noxalibus actionibus,* 9, 4. — C., *eod.,* 3, 41. — Comp. C. civ., art. 1384.)

Notions générales. — Le chef de famille n'est jamais ici tenu *de peculio;* mais, dans la mesure du profit qu'il a retiré du délit de son *alieni juris,* il est tenu des actions *rei persequendæ* naissant de ces délits ou quasi-délits (1).

(17) L. 44, 15, L. 50, § 2, D. — L. 84, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 58, §§ 2 et 3, D., *Pro socio,* 17, 2. — Comp. L. 1, § 24, D., *De exercit.*, 14, 1. — (18) L. 3, § 11, D., *De peculio,* 15, 1. — (19) L. 3, §§ 5 et 9. D., h. t. — (20) J., § 5. — L. 32, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — L. 23, L. 6, § 2, L. 29, *eod.* — L. 17, §§ 4 et 5, D., *De institor.*, 14, 3. — L. 1, pr., D., *Quod jussu,* 15, 4. — (21) Voy. Accarias, t. 2, p. 1151. — Cic., *De oratore,* 1, 36. L. 9, pr., D., *De reb. cred.*, 12, 1. — Basiliq. 23, 1, 9, Scholie de Stéphane. — L. 50, D., *De exceptione rei jud.*, 44, 2. — L. 28, § 4, D., *De jurejur.*, 12, 2. — L. 13, § 1, D., *Dep.*, 16. 3. — L. 52, D., *Mandati,* 17, 1.

(1) L. 3, §§ 1, 2, D., *De peculio,* 15, 1, — L. 4, D., *De cond. furt.*, 13, 1. L. 16 D., *De vi,* 43, 16. — L. 3, § 4, D., *De act. rer. amot.*, 25, 2.

Digitized by Google

— Les actions privées pénales, même unilatérales, ne sont données contre le *pat. fam.* que *noxaliter*, c'est-à-dire qu'il peut s'y soustraire en abandonnant l'*alieni juris* au demandeur. Motif d'équité : il ne doit pas être responsable des actes illicites de l'*alieni juris* au delà de la valeur de celui-ci (1 *bis*). — Les actions noxales sont civiles ou prétoriennes (2). — Le maître est tenu d'une action non noxale, lorsqu'il a ordonné, approuvé ou toléré le fait ; la victime a le choix entre les deux voies (2 *bis*).

§ 1. — Contre qui l'action noxale peut-elle être intentée (3) ? Contre le *possesseur animo domini* de l'*alieni juris* auteur du délit. Principe : *Noxa caput sequitur.* — L'esclave lui-même s'oblige *civilement* envers les tiers par ses délits ; à l'égard de son maître il ne peut s'obliger que naturellement. Il ne sera même pas obligé envers les tiers s'il a agi sur l'ordre du maître, à moins que l'acte ne soit *atrox* (4). — *Quid* si la victime du délit devient propriétaire de l'esclave qui l'a commis (5) ?

§ 2. — Résultats de l'action noxale.

A) Le défendeur comparaît et consent à recevoir l'action : 1° S'il nie sa possession, ou s'il l'a perdue par dol, l'action est délivrée contre lui *sans faculté d'abandon noxal* (6). — 2° S'il avoue sa possession, l'action est donnée *noxaliter*, c'est-à-dire avec cette faculté (7).

B) S'il ne comparaît pas, ou refuse de défendre, le Préteur met le demandeur en possession de l'esclave (8).

Lorsque l'action est noxale, le défendeur peut, même après la condamnation, se libérer en abandonnant l'esclave au demandeur (9). — L'action noxale était-elle arbitraire ? Controverse (10). — Sous Justinien l'esclave peut

(1 *bis*) G., IV, § 75, al. 2. — (2) G., IV, § 76. — (2 *bis*) L. 2, § 1, L. 4, §§ 1 et 3, L. 7, § 1, D. — (3) J., IV, 8, § 5. — L. 6, L. 11, L. 13, L. 18, L. 22, pr., § 1, L. 43, D. — G., IV, §§ 77, 78. — L. 2, pr., D., *Si ex nox. causa.*, 2, 9. — L. 1, C., h. t. — (4) L. 2, § 1, D. — L. 21, § 1, D., *De act. rer. amot.*, 25, 2. — L. 20, D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 17, § 7, D., *De injuriis*, 47, 10. — L. 14, pr., L. 15, § 3, D., *De lege Cornelia de falsis*, 48, 10. — (5) J., § 6. — G., IV, § 78. — (6) L. 21, §§ 2 et 6, L. 22, § 4, L. 23, D. — L. 2, § 1, D., *Si ex nox. causa*, 2, 9. — L. 16, D. — (7) L. 21, pr., L. 29, D. — (8) L. 26, § 6, L. 32, D. — (9) L. 6, § 1, D., *De re judic.*, 42, 1. — L. 20, § 5, D., *De hered. pet.*, 5, 3. — (10) J., IV, 6, § 31. — L. 14, § 1, L. 19, pr. D.

Digitized by Google

exiger son affranchissement après avoir désintéressé la personne à laquelle il a été abandonné (11).

§ 3. — Cas ou le délit a été commis par un filiusfamilias.

Époque classique : Le *ff.* abandonné *noxaliter* tombait *in mancipio* jusqu'à ce qu'il eût indemnisé son maître (12). — Sous le Bas-Empire, l'abandon noxal des enfants est aboli (13).

Appendice. — *De pauperie.* (J., IV, 9. — D., *Si quadrupes paupierem*, etc. 9, 1.)

Cette action est donnée *noxaliter* contre le propriétaire de l'animal qui a causé un dommage. — Extensions. — Détails. — Mais si le dommage causé par l'animal est la conséquence d'une faute commise par une personne, celle-ci est tenue d'une action non noxale, celle de la loi Aquilia (14).

TITRE III

De la pluralité des créanciers et des débiteurs.

En principe, lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, l'obligation se divise entre eux par têtes ; principe : *plurium pro rata.* — Exceptions : 1° Obligations accessoires. — 2° Obligations solidaires. — 3° Obligations indivisibles.

CHAPITRE I

DES OBLIGATIONS ACCESSOIRES.

§ 1. — De la créance accessoire, *adstipulatio* (1).

L'*adstipulator* était une personne qui stipulait du dé-

(11) J., § 3. — (12) *Lex Dei*, II, 3. — (13) J., IV, 8, § 7. — (14) L. 1, §§ 4 à 7, D., h. t. — L. 52, § 2, D., *Ad legem Aq.*, 9, 2.

(1) G., III, §§ 100 à 114 ; § 225.

Digitized by Google

biteur *la même chose* que le créancier principal. Celui-ci faisait intervenir l'*adstipulator* dans le but de pouvoir plaider par mandataire ou de stipuler *post mortem suam*. Sous Justinien l'*adstipulatio* a disparu comme inutile. — L'*adstipulator* est un créancier vis-à-vis du débiteur, il faut donc qu'il ait la capacité personnelle de stipuler. — A l'égard du créancier principal au contraire, ce n'est qu'un *mandataire;* s'il fait acceptilation (remise de dette) au débiteur, il commet un délit puni par le deuxième chapitre de la loi *Aquilia* (2). Son droit ne passe ni à ses héritiers, ni à son *pat. fam.*, s'il est fils de famille. — Différences entre l'*adstipulator* et l'*adjectus solutionis gratia.*

§ 2. — De la dette accessoire et de l'intercessio. (J., III, 20. — G., III, §§ 115 à 127. — D., *De fidejussoribus et mandatoribus*, 46, 1. — C., *eod.*, 8, 41. — P., I, 20.)

Notions générales. — Le débiteur accessoire est celui qui s'oblige envers le créancier pour garantir l'obligation principale. — L'*intercessor* est celui qui engage sa personne *ou sa chose* dans l'intérêt d'autrui. L'*intercessor* n'est pas toujours un débiteur accessoire ; ex. : cas de l'*expromissio* et de la caution *réelle*. — Diverses espèces d'*intercessio*.

I. De l'adpromissio. — Ici l'*intercessor* s'oblige *verbis* (satisdatio).

Historique. — Trois espèces d'adpromissores : *sponsores*, *fidepromissores* et *fidejussores;* ils se distinguent, en la forme, par le verbe employé dans la stipulation. — Sous Justinien il n'y a plus que des fidejusseurs.

A) Éléments essentiels de l'*adpromissio* en général : 1° Il fallait que l'adpromettant se fût obligé *verbis*, par une stipulation distincte ; il promettait *idem*, c'est-à-dire la même chose que le débiteur principal. — 2° Il fallait une obligation principale, civile ou naturelle (3). L'adpromettant profite d'ailleurs des exceptions que peut invoquer le débiteur principal, à moins qu'elles ne soient

(2) G., III, §§ 215, 216. — (3) J., § 1. — G., III, § 119. — L. 6, § 2, L. 8, §§ 2, 3, 12, L. 27, § 4, D. — L. 129, § 1, L. 178, D., *De reg. jur.*, 50, 17.

Digitized by Google

personæ cohærentes (4), ou que l'adprom. ne soit intervenu précisément pour garantir le créancier contre l'effet de ces exceptions (5). — 3° L'obligation principale devait être née *verbis* en cas de *sponsio* et de *fidepromissio;* cela n'était pas nécessaire pour la *fidejussio* (6). — 4° La fidejussion pouvait non seulement accompagner, mais encore suivre ou même précéder l'obligation principale (7). En était-il de même pour les autres *adpromissores ?* Controverse (8). — 5° L'*adpromissio* ne devait pas dépasser le taux de la loi *Cornelia* (9). Exceptions (10). — 6° L'adpromettant ne devait s'obliger ni *in aliam obligationem,* ni *in duriorem causam* (11), autrement son obligation était nulle, et non pas seulement réductible (controverse) (12).

B) Extinction de l'obligation des adpromettants. 1° Extinction *ipso jure.* — *a*) Par un mode absolu, dans la personne du débiteur principal : paiement ; — novation volontaire ; — litiscontestation (13), abrogation de cette cause d'extinction par Justinien (14); — acceptilation ; — perte de la chose par cas fortuit avant la demeure du débiteur (15). — *b*) Par un mode absolu dans la personne du fidéjusseur. — Paiement, alors recours du fidéj. contre le *reus.* — Novation ordinaire; elle ne libère pas le *reus.* — *Litiscontestatio* (16). — Acceptilation. — Perte de la chose due; le *reus* est libéré, même si elle périt par le fait ou après la demeure du fidéj. (17). — *c)* Par un mode relatif, (ex. : *capit. dim.),* — La personne seule, chez qui ce mode d'extinction s'est produit, est libérée (18). — Modes d'extinction relatifs spéciaux aux *sponsores* et *fidep.* ; 1° Mort (19). 2° Laps de deux ans, loi Furia (20).

(4) L. 15, pr., L. 32, D. — L. 7, D., *De except.*, 44, 1. — (5) L. 13, pr., D., *De minor.*, 4, 4. — L. 95, § 3, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 7, § 1, D., *De except.*, 44, 1. — (6) G., III, § 119. — (7) L. 6, § 2, D. — (8) G., III, § 123. — (9) G., III, § 124. — (10) G., III, § 125. — (11) G., III, § 126. — J., § 5. — L. 8, §§ 7, 8, 9, D. — (12) L. 8, §§ 7, 8, 9, D., Comp. Basiliques, 26, 1, 8. — L. 70, pr., D. — (13) P., II, 17, § 16. — L. 16, C., h. t. — (14) L. 23, C. — (15) L. 53, § 1, D. — L. 91, § 4, D., *De V. O.*, 45, 1. — (16) Voy. notes 13 et 14 *supra*. (17) L. 49, pr., D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 32, § 5, D., *De usuris*, 22, 1. L. 44, D., *De op. lib.*, 38, 1. — (18) L. 20, C. — L. 95, § 1, D., *De sol.*, 46, 3. — (19) G., III, § 120. — Comp., J., § 2. — C. civ., art. 2017. — 20) G., III, § 121.

Digitized by Google

2° Extinction *exceptionis ope.* (Renvoi à l'extinction des obligations *exceptionis ope*).

C) Effets de l'adpromissio.

1° Effets dans les rapports du créancier avec les *adpromissores.*

Le créancier peut en principe agir pour le tout contre l'un quelconque des *adpromissores*, ce qui éteint son action contre les autres ; il peut aussi, s'il le veut, diviser son action (21).

L'adpromettant est donc tenu très rigoureusement, puisqu'il peut-être forcé de payer le tout, qu'il n'a pas de recours contre les autres adpromettants, et qu'il ne peut exiger la discussion préalable du débiteur.

Bénéfices introduits en faveur des cautions pour remédier à ces inconvénients.

A) Bénéfice de division (22). — *Sponsores* et *fidepromissores.*—D'après la loi *Furia de sponsu,* la dette se divisait de plein droit entre les *sponsores* et *fidepromissores* d'Italie vivants, qu'ils fussent solvables ou non (23). — Fidéjusseurs. Un rescrit d'Adrien permit aux fidéjusseurs de forcer le créancier, par le moyen d'une exception dite de division, à diviser son action entre tous les fidéjusseurs solvables (24). Différences entre ce bénéfice et celui dont jouissaient les *sponsores* et *fidej.* (25). — Diverses difficultés (26).

B) Bénéfice de cession d'action (origine de la subrogation légale) (27). Avant de payer, le fidéj. se faisait céder les actions du créancier, en lui opposant en cas de refus l'exception de *dol* (27 *bis*). Le fidéjusseur était constitué mandataire *in rem suam,* et était censé avoir acheté la créance au créancier (28). Avantages qui en résultaient pour le fidéjusseur, notamment lorsque le créancier avait une hypothèque, ou d'autres fidéjusseurs (29). — Pour

(21) L. 3, § 1, D., *De duobus reis,* 45, 2. — (22) Comp. C. civ., art. 2026, 2027. — (23) G., III, § 121. — (24) J., § 4. — G., III, § 121. — (25) G., IV, § 22. — L. 49, § 1, D., h. t. — (26) Voy. L. 22, § 1, D., *De except.*, 44, 1. — G., IV, § 131. — L. 10, pr., D., h. t. — (27) Comp. C. civ., art. 2029 et 1251, 4°. — (27 *bis*) L. 18, § 5, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — L. 65, D., *De evict.*, 21, 2. — (28) L. 36, D. — (29) L. 14, C. — L. 39, D.

Digitized by Google

obtenir la cession d'actions, le fidéjusseur devait la requérir avant tout paiement (30), et désintéresser le créancier des autres créances pour lesquelles il avait hypothèque sur le même bien (31). Le créancier n'était tenu de céder que les actions qu'il avait encore au moment de la réquisition, il n'était pas forcé de les conserver pour les céder au fidéjusseur, la stipulation intervenue entre eux étant un contrat unilatéral qui ne pouvait obliger le créancier envers le fidéjusseur (32). — Le bénéfice de division et celui de cession d'action sont incompatibles ; l'un est parfois plus avantageux que l'autre (32 *bis*).

C) Bénéfice de discussion, introduit, ou plutôt généralisé par Justinien (33). — C'était le droit, pour le fidjusseur d'exiger des poursuites préalables contre le débiteur principal. Les fidéjusseurs des débiteurs du fisc en jouissaient seuls à l'époque classique (34). Mais le créancier pouvait, en se faisant donner mandat par le fidejusseur, poursuivre d'abord le débiteur, aux risques et périls du fidéjusseur, et en cas de non-paiement, recourir par l'action *mandati contraria* contre le fidejusseur (35). — Autres moyens employés à l'époque classique (36). — Enfin le fidéjusseur pouvait cautionner seulement ce qu'on ne pourrait obtenir du débiteur principal *(fidejussor indemnitatis)* (36 *bis*).

Effets du bénéfice de discussion sous Justinien. — Conditons auxquelles il fut subordonné en France par la jurisprudence des Parlements (37).

Peut-on y renoncer? (38).

2° Effets de *l'adpromissio* entre le débiteur principal et les adpromettants.

Lorsque l'adpromettant a désintéressé le créancier, ou que celui-ci lui a fait remise de la dette pour le gratifier, *lui adpromettant*, il a recours contre le débiteur (39) par l'ac-

(30) L. 17, D. — L. 11, C. — (31) L. 2, C. — (32) L. 25, C., h. t. — L. 15, § 1, L. 62, D., h. t. — (32 *bis*) L. 17, D., h. t. — (33) N. 40. — Comp. art. 2021-2024. — (34) L. 4, C., *Quando fiscus*, 4, 15. — (35) J., III, 26, § 2. — L. 45, § 8, D., *Mandati*, 17, 1. — (36) L. 17, L. 5, C., *De fidej.*, 8, 41. — (36 *bis*) L. 6, pr., D., *De nov.*, 46, 2. — L. 150, L. 116, D., *De V. S.*, 50, 16. — L. 2, C., *De fid. tut.*, 5, 57. — L. 41, pr., D., h. t. — (37) Comp. C. civ., art. 2023. — (38) N. 136, pr. et *cap.* 1. — Comp. art. 2021. — (39) L. 26, § 2, L. 10, § 13, D., *Mandati*, 17, 1.

Digitized by Google

tion *mandati* ou *negotiorum gestorum*, a moins qu'il n'ait cautionné malgré le débiteur (40), ou *donandi animo*. *Actio depensi* au double pour le *sponsor* (41). — Le fidéjusseur a de plus les actions du créancier, s'il se les est fait céder.— Le fidéjusseur peut, dans certains cas, exercer son recours même avant d'avoir désintéressé le créancier (42).

3° Effets de l'adpromissio dans les rapports des adpromettants.

A) S'ils ne se sont pas fait céder les actions. Les *sponsores* et *fidepromissores* avaient recours les uns contre les autres en vertu de la loi *Apuleia* (43). Les fidéjusseurs n'avaient point d'action contre leurs cofidéjusseurs (44).

B). En cas de cession d'action (45), ils recourent, leur part déduite et sauf le bénéfice de division, contre les cofidéjusseurs (46).

Du *fidejussor fidejussoris* (47).

Pourquoi la fidéjussion a-t-elle été introduite et à quelle époque ?

II. Du Mandatum pecuniæ credendæ (*mandatum qualificatum*).

La caution s'engage ici en donnant mandat au créancier de faire crédit au débiteur.

A) Ressemblances entre le *mandator p. c.* et le fidéjusseur. — Il a le bénéfice de division (48), le bénéfice de cession d'action (49) et celui de discussion depuis la Novelle 4, mais non auparavant.— Le défaut de paiement par le débiteur suffisait pour autoriser l'action contre le *mandator* (50).

B) Différences.— 1° Forme de l'engagement et nature de l'action.— 2° Le mandat précède en principe l'obligation principale (51).— 3° Le *mandator* est *affirmator et suasor* de l'obligation principale. Conséquence (52). 4° Le *litis cont.*

(40) L. 40, D., *eod.* — L. 24, C., *Neg. gest.*, 2, 19. — (41) G., III, § 127; IV, §§ 9, 22, 25. — (42) L. 38, § 1, C., *Mandati*, 17, 1. — L. 10, C., *eod.*, 4, 35. — Comp. art. 2032. — (43) G., III, § 122. — (44) L. 39, D. — (45) Même texte. — (46) Voy. art. 2033. — (47) L. 27, § 4, D. — Art. 2014. — (48) L. 3, C., *De constit. pec.*, 4, 18. — L. 7, D., *De fidej. tut.*, 27, 7. — (49) L. 13, D. — (50) L. 56, D., *Mandati*, 17, 1. — (51) L. 12, § 14, D., *eod.* (52) L. 13, pr., D., *De minor.*, 4, 4.

Digitized by Google

avec le mandant n'éteint pas l'action contre le débiteur, ni réciproquement (53). — 5° Le paiement fait par le mandant ne libère pas le débiteur *ipso jure;* par conséquent le mandant peut exiger la cession d'action même après ce paiement (54), ou après la *litis cont.* — 6° Le mandant peut refuser le paiement si le créancier n'a pas conservé les actions pour les lui céder, car le contrat intervenu entre eux est de bonne foi (55).

III. Du pacte de constitut considéré comme mode de cautionnement. — (*Constitutum debiti alieni*). Le constitut est un pacte *prétorien* sanctionné par l'action *de pecunia constituta,* et par lequel on promet de payer à date fixe une dette préexistante. (D. *De pec. const.*, 13, 5.— C., *eod.* 4, 15,) Le constituant jouit des trois bénéfices (1). Différences entre le constitut et la fidéjussion : 1° Forme de l'engagement et action. — 2° On peut constituer autre chose que l'objet de l'obligation principale (2). — 3° L'obligation du constituant *in duriorem causam* est simplement réductible (3). — 4° La *litis cont.* avec le constituant n'éteint pas l'obligation du débiteur, ni réciproquement (4). — Par suite, la cession d'action est encore possible.

Différences entre le constitut et le mandat. La principale différence consiste en ce que le créancier n'est pas obligé de conserver ses actions pour les céder au constituant.

IV. Cas dans lesquels il y a *intercessio,* mais non *dette accessoire:* — A. *Expromissio,* novation par changement de débiteur (5), renvoi à la novation. — B. Caution réelle : une personne hypothèque sa chose pour garantir la dette d'autrui. — C. Cas où l'on emprunte dans l'intérêt d'autrui (6). — D. Cas où l'on défend en justice au nom d'un tiers.

Appendice. — *Du Senatusconsulte Velléien.* (D., *Ad.*

(53) P., II, 17, § 16. — L. 27, § 5, L. 28, D., *Mandati*, 17, 1. — (54) L. 28, D., *eod.* — L. 95, § 10, D., *De sol.*, 46, 3. — (55) L. 95, § 1, D., *eod.* — Voy. note 32, *supra* et L. 15, § 1, D. — Art. 2037.

(1) L. 3, C., h. t.—N. 4, cap. 1.—N. 136, cap. 1.—(2) L. 1, § 5, D., h. t. — (3) L. 11, § 1, L. 19, pr., D. — (4) L. 18, §3, D. — (5) L. 10, D., *De pign. act.*, 13, 7. — L. 8, § 8, D., *Ad Snc. Vellej.*, 16, 1. — (6) L. 29, pr., D., *eod.*

Digitized by Google

Snc. Vellejanum, 16, 1. — C., *eod.*, 4, 29). Historique. — Des édits d'Auguste et de Claude défendirent aux femmes *d'intercéder* pour leurs maris. Le Snc. Velléien (46 ap. J.-C.) (1) généralisa cette interdiction. — Ses motifs. Le Snc. s'applique à tous les actes *d'intercessio* apparente ou déguisée, mais la femme peut payer pour autrui ou se porter *expromissor donandi animo* (2). — Cas où le Sénatusconsulte ne s'applique pas (3).

Effets de la nullité. — La femme peut opposer l'exception du Snc. (4). Il ne subsiste même pas d'obligation naturelle (5). En cas d'*expromissio*, on restitue au créancier son action contre l'ancien débiteur (6). En cas d'*intercessio* déguisée sous la forme d'une obligation directement contractée par la femme, mais dont un tiers doit profiter, on donne contre ce tiers l'action que le créancier ne peut exercer contre la femme (7).

Innovations de Justinien. — *a)* L'intercession de la femme pour un tiers est valable, si elle est contractée par acte public portant que la femme a été indemnisée de son *intercessio* (8), ou si, deux ans après l'intercessio, elle la confirme (9). — Autres cas de validité (10). — *b)* L'*intercessio* en faveur du mari reste prohibée (11).

En droit romain la femme pouvait renoncer au Sénatusconsulte, mais non pas dans l'acte même (12). — Les Parlements au contraire, sauf celui de Normandie, permettaient cette renonciation. — Édit de Henri IV (1606). Abrogation définitive par les art. 1123 et 1125 C. civil (13). L'adoption du régime dotal, et ses conséquences jurisprudentielles, remédie aux inconvénients de l'abrogation du Snc. Velléien.

(1) *Dion Cassius*, 60, 27. — (2) L. 4, § 1, L. 5, L. 24 pr., D., h. t. — (3) L. 2, § 3, L. 11, 12, D. — L. 5, C. — L. 12, D. *De min.*, 4, 4. — L. 21, § 1, D. — L. 21, pr., D. — L. 12, C. — (4) L. 8, § 9, D. — (5) L. 40, pr., D., *De cond. indeb.*, 12, 16. — L. 9, L. 14. C. — L. 16, § 1, D. — (6) L. 8, §§ 7-9, D. — L. 16, C. — (7) L. 8, § 14, D. — (8) L. 23, C. — (9) L. 22, C. — (10) N. 118, cap. 5. — (11) N. 134, cap. 8. — (12) Arg., L. 22, C. et L. 32, § 4, D. — (13) Comp. *Paris*, 11 frimaire an XIV, *Sirey*. Coll. Nouv.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES CORRÉALES ET DES OBLIGATIONS IN SOLIDUM. (J., II, 16. — D., *De duobus reis*, 45, 2. — C. *eod.* 8, 40).

Notions générales. — Ici l'on rencontre plusieurs créanciers ou débiteurs principaux pouvant chacun exiger ou être forcés de payer le tout, mais une seule fois. — Solidarité active et passive ; *corei stipulandi*, *corei promittendi*. — D'un autre côté, deux espèces de solidarité : 1° Dette ou créance *corréale ;* — 2° Dette ou créance *in solidum*. Différences : 1° Dans le premier cas, la *litiscont.* faite avec l'un libère les autres (1), *secus* dans le second cas (2). — 2° Le débiteur *in solidum* qui a payé la dette a en principe un recours contre ses codébiteurs (3), il peut exiger, du moins dans certains cas, que le créancier divise son action entre tous les codébiteurs solvables (4) ; les codébiteurs *corréaux* semblent n'avoir point de recours les uns contre les autres, à moins qu'ils ne soient *socii*, ou qu'ils ne se soient fait céder les actions du créancier. — L'obligation, corréale naissant principalement de la stipulation, nous ne nous occuperons tout d'abord que de ce cas.

§ 1. De la corréalité naissant de la stipulation. Forme de la stipulation (4 *bis*). — *A)* Corréalité active ; chaque créancier interroge le débiteur en stipulant identiquement la même chose, et le débiteur ensuite répond une seule fois : *spondeo*. — *B*) Corréalité passive : le créancier interroge chaque débiteur en stipulant identiquement la même chose,

(1) L. 2 et 16 D. — L. 5, *in fine*, D., *De fid.*, 46, 1. — L. 51, § 4, D., *De evict.*, 21, 2. — (2) L. 7, § 4, D., *Quod falso tut.*, 27, 6. — L. 1, § 43, D., *Depositi*, 16, 3. — L. 5, § 5, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 18, § 1, D., *De ad. et per.*, 26, 7. — L. 60, § 2, D., *Mandati*, 17, 1. — L. 1, § 10, L. 2, L. 3, L. 4, D., *De effusis*, 9, 3. — L. 52, § 3, D., *De fidej.*, 46, 1. — (3) L. 1, §§ 13 et 14, D., *De tut. et rat.*, 27, 3. — L. 30, *in fine*, D., *Neg. gest.*, 3, 5. — L. 4, C., *De in lit. dando tut.*, 5, 44. — L. 38, § 2, L. 45, D., *De ad. tut.*, 26, 7. — L. 4, D., *De his qui effud.*, 9, 3. — (4) Mêmes textes et L. 47, D., *Locati*, 19, 2. — (4 *bis*) J., pr., h. t.

Digitized by Google

et ensuite chacun des débiteurs répond : *spondeo*. Conséquences : 1° Chacun des créanciers est créancier de la totalité de la dette, chacun des débiteurs est débiteur de la totalité de la dette, en d'autres termes, il y a *solidarité*. — 2° Il n'y a qu'un seul contrat ; conséquences. — 3° Il y a pourtant pluralité de liens (5) ; conséquences (6). — Il y a unité d'objet (7). Conséquences (8).

I. Effets de la corréalité entre débiteurs.

A) Rapports du créancier et des débiteurs corréaux. — Il peut actionner l'un d'eux pour le tout ; le débiteur actionné n'a point le bénéfice de division ni de discussion, mais il a toujours le bénéfice de cession d'actions, qu'il soit *socius* ou non (9).

Fait extinctif *ipso jure* se produisant dans la personne d'un des débiteurs. — Modes absolus : paiement, novation, litiscontestation à l'époque classique (10), acceptilation, perte par cas fortuit : tous sont libérés ; si la perte est due au fait de l'un deux, tous restent tenus (11) ; si elle survient après la *mora* de l'un deux, celui-là seul reste tenu (12). — Si le mode est relatif (ex. : *cap. dim.*), les autres codébiteurs restent tenus (12 *bis*).

B) Effets entre les débiteurs corréaux. — S'ils sont *socii*, celui qui a payé a recours contre l'autre pour la part de celui-ci ; il a la cession d'actions dans la même mesure. — S'ils ne sont pas *socii*, c'est-à-dire sans doute si la dette avait été contractée dans l'intérêt d'un seul d'entre eux, celui qui n'était pas intéressé dans la dette et qui n'était au fond qu'une caution, pourra, selon nous, recourir par la cession d'action et pour le tout contre son codébiteur. Depuis la loi *Cornelia*, on se servait probablement de la corréalité pour déguiser les cautionnements interdits par cette loi. Explication de la l. 62 D., *Ad leg. Falcid.*, 35, 2. (13).

(5) L. 5, D., *De fidej.*, 46, 1. — L. 93, § 2, D., *De sol.*, 46, 3. — (6) L. 9, § 2, L. 6, pr., § 2, L. 7, D., h. t. — J., § 2, h. t. — (7) J., § 1. — L. 2, L. 3, D., h. t. — L. 9, pr., D., *De pactis*, 2, 14. — (8) L. 9, § 1, L. 15, D. — (9) L. 65, D., *De evict.*, 21, 2. — L. 2, C. — (10) L. 28, C., *De fidej.*, 8, 41. — (11) L. 18, D. — (12) L. 32, § 4, D., *De usuris*, 22, 1. — Comp. art. 1205 C. civil. — (12 *bis*) L. 19, D. — (13) Voy. note 9 et L. 39, D., *De fidej.*, 46, 1. — Comp. art. 1431, C. civil.

Digitized by Google

II. Effets de la dette *in solidum*.

A) Relations du créancier et des débiteurs.

Les débiteurs jouissaient ici du bénéfice de division et du bénéfice de cession d'action (14). S'il survient un fait extinctif *ipso jure* dans la personne de l'un d'eux, mêmes solutions que ci-dessus, sauf que la *litis cont.* faite avec l'un n'a jamais libéré les autres (15).

B) Relation des débiteurs entre eux. Il auront recours les uns contre les autres par l'action de gestion d'affaires directe ou utile ou par la cession d'action, pourvu que la poursuite exercée par le créancier ne soit fondée ni sur le dol personnel du débiteur poursuivi ni sur un dol commun à tous (16).

III. Effets de la créance corréale.

Relation des créanciers avec le débiteur. — L'un quelconque des créanciers peut exiger le paiement du débiteur, lui faire acceptilation, mais la question de savoir s'il pouvait faire novation avec lui était discutée (17). La *litiscont.* avec le débiteur libère ce dernier envers les autres créanciers.

Relations des créanciers entre eux. — S'ils sont *socii*, celui qui a reçu paiement doit partager avec l'autre (18). Sinon, pas de recours. — Explications proposées (18 *bis*). Selon nous, le *correus credendi non socius* n'était souvent au fonds qu'un *adstipulator*.

IV. Créance *in solidum* (19).

§ 2. — De la corréalité résultant d'autres causes que la stipulation :

A) Expensilatio (20). — *B*) Legs *per damnationem* (21). — *C*) *Mutuum* (22). — *D*) Pacte de constitut (23). — *E*) Un contrat, même de bonne foi, peut engendrer une dette corréale, si les parties l'ont voulu et pourvu qu'il y ait identité parfaite d'objet (24).

(14) Voy. note 4. — (15) Voy. note 2. — (16) Voy. note 3. — (17) L. 31, D., *De novat.*, 46, 2. — L. 27, pr., D., *De pactis*, 2, 14. — (18) Arg. L. 62, D., *Ad leg. Fal.*, 35, 2. — (18 *bis*) Accarias, t. II, § 553. — (19) L. 1, § 44, D., *Depositi*, 16, 3. — (20) L. 27, pr., D., *De pactis*, 2, 14. — L. 34, D., *De receptis*, 4, 8. — (21) L. 8, § 1, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 16, D., *De leg.* 2°, 31. L. 9, pr., *in fine*, D. — (22) L. 71, D., *De fid.*, 46, 1. — L. 5 et 12, C., *Si cert. pet.*, 4, 2. — (23) L. 16. pr., D., *De pec. const.*, 13, 5. — (24) L. 9, D.

Digitized by Google

§ 3. — Sources de la créance et de la dette *in solidum*. *A)*. Créance *in solidum*. Deux personnes font un dépôt, étant convenu que l'une quelconque d'entre elles pourra reclamer la totalité du dépôt (25).

B). Dette *in solidum*. — *a*) Contrats. Dans tout contrat de bonne foi où il y a plusieurs débiteurs, ils sont en principe simplement débiteurs *in solidum*, si l'on est convenu qu'ils devraient chacun le tout (26). — *b*) Quasi-contrats. Les tuteurs et administrateurs des cités sont de plein droit tenus *in solidum* (27). — *c*) Actions rei persécutoires *ex parte actoris* au moins, naissant des délits et quasi-délits ; les codélinquants sont tenus *in solidum* (28).

§ 4. — Motifs probables des différences entre les effets de l'obligation corréale et de l'obligation *in solidum*.

A) Différence au point de vue de l'effet de la *litis contestatio* (29).

1° En matière de délits les codélinquants sont tenus *in solidum* parce qu'il y a en réalité plusieurs dettes, et si le créancier ne peut se faire payer plusieurs fois c'est uniquement par suite du principe du non-cumul des actions *rei persecutoires* (au moins *ex parte actoris*). On ne parle pas ici, bien entendu, des actions pénales, la peine étant due cumulativement par chaque délinquant. — 2° Contrats et quasi-contrats de bonne foi. Ici l'équité, qui régit l'action, ne permet point que le simple fait d'avoir actionné l'un libère l'autre, alors que le créancier n'est point désintéressé.

B) Différence au point de vue du recours des codébiteurs l'un contre l'autre (30). Dans notre système, cette différence s'efface, puisque selon nous, si les codébiteurs corréaux ne sont pas *socii*, l'un est *toujours* la caution de l'autre ; donc s'il paie, *recours* pour le tout (31).

(25) L. 1, § 4, D., *Depositi*, 16, 3. — (26) Voy. textes cités notes 2 et 3 *supra*. — Voy. aussi texte et note 24 *supra*. — (27) L. 18, § 1, D., *De ad. et per.*, 26, 7. — L. 11, pr., D., *Ad municip.*, 50, 1. — (28) L. 14, § 15, L. 15, D., *Quod metus causa*, 4, 2. — L. 1, § 1, L. 3, L. 4, D., *De his qui eff.*, 9, 3. — L. 1, C., *De cond. furt.*, 4, 8. — (29) Voy. texte et notes 1 et 2 *supra*. — (30) Voy. texte et notes 3 et 4 *supra*. — (31) Voy. texte et note 13 *supra*.

Digitized by Google

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS INDIVISIBLES (D., *De Verb. Obl.*, 45, 1).

Notions générales. — L'obligation indivisible est celle dont l'objet ne peut être utilement presté pour partie. — Intérêt de cette division. *a)* On ne peut stipuler pour partie un objet indivisible (1). — *b)* En cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs la poursuite sera dirigée pour le tout par l'un des créanciers ou contre l'un des débiteurs (2). — Mêmes règles pour le paiement. — Difficultés de cette matière (3). — Diverses espèces d'indivisibilité. Indivisibilité matérielle ou intellectuelle (4). Pour que l'obligation soit divisible, il suffit que le droit qu'il s'agit d'acquérir soit susceptible de division (indivisibilité intellectuelle). — Indivisibilité *solutione*. Dans ce cas, l'objet est divisible, mais le paiement partiel présenterait des inconvénients. Exemple (5).

SECTION I. — *De l'indivisibilité dans les contrats de droit strict.*

§ 1. De l'indivisibilité véritable.

I. Quelles obligations sont divisibles? — Sont divisibles l'obligation de transférer la propriété (6), l'usufruit (7), de constituer une hypothèque sur un fonds déterminé (8). — Est indivisible, l'obligation de constituer l'usage (9) et les servitudes réelles (10). L'obligation de livrer est divisible (11). L'obligation de faire et celle de ne pas faire sont

(1) L. 15, § 1, D., *De op. lib.*, 38, 1. — L. 19, D., *De serv. præd, rust.*, 8, 3. — (2) L. 85, pr., § 1 et 2, D. — (3) Dumoulin, *Extricatio Labyrinthi dividui et i dividui.* — Pothier, *Obligations*, nos 288 et s. — Code civil art. 1217 et s. — (4) Comp. art. 1217. — (5) L. 2, §§ 1, 2, L. 85. § 4, L. 54, pr., § 1, L. 117, D, h. t. — L. 29, D., *De sol.*, 46, 3. — (6) L. 2, § 3, L. 54, D., h. t. — L. 9, § 1, L. 17, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 17, D., *De acceptil.*, 46, 4. — (7) L. 5, L. 13, § 3, D., *De usuf.*, 7, 1. — L. 19, D., *De usu*, 7, 8. — L. 13, § 1, D., *De accept.*, 46, 4. — L. 14, § 1, L. 15, L. 16, pr., D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — (8) L. 3, § 2, D, *Qui potiores*, 20, 4. — (9) L. 19, D., *De usu*, 7, 8. — (10) L. 2, § 1, L. 27, pr., D., h. t. — L. 25, §§ 9, 12, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — (11) Voy. cep. L. 72, pr., D., h. t. — Comp. Savigny, *Obligations*, § 32 et Accarias, t. II, p. 248, note 1.

Digitized by Google

tantôt divisibles et tantôt indivisibles (12). L'obligation du vendeur de venir défendre l'acheteur est indivisible, mais l'indemnité due pour éviction est divisible, comme une sorte de clause pénale (13). Les obligations de faire, dans la doctrine qui a prévalu en droit romain, ne se résolvent pas en dommages-intérêts par le seul fait de l'inexécution (14).

II. Effets de l'indivision véritable.

1° Au point de vue de l'exécution. *a)* Plusieurs créanciers; l'un d'eux peut recevoir le tout (15), mais les cocréanciers ont recours contre lui. — *b)* Plusieurs débiteurs; l'un d'eux ne peut se libérer qu'en payant le tout (16), sauf son recours contre ses codébiteurs (17).

2° Au point de vue de la poursuite. — *a)* Plusieurs créanciers; l'un des créancier peut et doit agir pour le tout sans encourir la *plus petitio*. — *b)* Plusieurs débiteurs. L'un des débiteurs sera poursuivi pour le tout.

3° Au point de vue de la condamnation obtenue. — *a)* Plusieurs créanciers. S'ils souffrent tous de l'inexécution, chacun d'eux obtiendra condamnation pour sa part, c'est-à-dire dans la limite de son intérêt (18). Comment alors le droit des autres n'était-il pas épuisé, puisque l'un d'eux a agi pour le tout (19)? Si un seul souffre de l'inexécution celui-là seul peut agir et obtiendra condamnation pour sa part (20). — *b)* Plusieurs débiteurs. Le créancier obtient condamnation pour le tout contre l'un quelconque des débiteurs, sauf le recours de celui-ci contre ses codébiteurs (21). Cependant l'acheteur menacé d'éviction doit appeler en cause *tous* les héritiers du vendeur (22).

§ 2. De l'indivisiblité *solutione*.

1° Exécution. Elle ne doit pas être partielle; elle ne se-

(12) *a)* L. 80, § 1, D., *Ad leg Fal.*, 35, 2. — L. 85, § 2, L. 54, § 1, L. 4, § 1, D., h. t. — L. 44, § 6, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — L. 15, § 1, D., *De op. lib.*, 38, 1. — Voy. cep. L. 72, D., h. t. — *b)* L. 4, § 1, D., h. t. — (13) L. 62, § 1, D., *De evict.*, 21, 2. — (14) L. 72, L. 85, pr., § 2, D., h. t. — *Secùs*, art. 1142, C. c. — (15) L. 81, § 1, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 1, § 36, D., *dep.* 16, 3. — (16) L. 192, pr., D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (17) L. 2, § 2, D., h. t. — (18) L. 25, § 9, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — (19) Savigny, *Obligations*, § 35, note *l.* — (20) L. 2, § 6, *in fine*, D. — (21) L. 41, § 5, L. 25, §§ 9 et 10, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — L. 3, *in fine*, D. — (22) L. 62, § 1, D., *De evict.*, 21, 2. — (23) L. 26, § 13, D., *De cond. indeb.*, 13, 6.

Digitized by Google

rait pas libératoire (23). — 2° Poursuite et condamnation. La poursuite et la condamnation n'ont jamais lieu que pour la part du créancier poursuivant, ou du débiteur poursuivi (24). Différences entre l'indivisibilité *solutione* et l'indivisibilité véritable.

§ 3. Effets de la *stipulatio pœnæ* en matière d'obligations divisibles ou indivisibles. — La clause pénale est toujours encourue *pour le tout* s'il n'y a pas exécution *totale*, que l'obligation principale soit divisible ou indivisible. Mais chaque créancier ne peut exiger la peine que pour sa part et chaque débiteur ne la doit jamais que pour sa part. Application. — *a)* Plusieurs créanciers ; obligation indivisible (25) ; obligation divisible. — Ainsi la clause pénale ne rend pas l'obligation indivisible, mais elle oblige le débiteur à satisfaire *tous* les créanciers sous peine d'encourir la clause pénale pour le tout, même, selon nous, à l'égard des créanciers au profit desquels il a exécuté. — *b)* Plusieurs débiteurs. Obligations indivisibles (26). Obligations divisibles. La peine est toujours encourue pour le tout ; chacun des débiteurs en doit sa part, même celui qui a exécuté et sauf son recours contre ses codébiteurs (27) ; cependant, dans les cas exceptionnels où il *ne pouvait* exécuter l'obligation que pour sa part, les autres débiteurs doivent seuls leur part dans la clause pénale (28).

Section II. — *Des obligations divisibles et indivisibles dans les contrats de bonne foi.*

Dans les contrats de bonne foi, les règles précédentes reçoivent en général toutes les dérogations que l'équité exige suivant les cas. Exemple : Des obligations indivisibles sont parfois considérées comme divisibles (29). Des obligations divisibles sont parfois traitées comme si elles étaient indivisibles (30).

Section III. — *Comparaison de l'indivisibilité et de la corréalité.*

(24) L. 85, § 4, D., h. t. — (25) L. 3, § 1, D., h. t. — Voy. cep. L. 2, § 6 D., *eodem* (interpolation). — (26) L. 4, § 1, D. — L. 25, § 12, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — (27) L. 25, § 13, D., *eod.* — (28) L. 4, § 1, seconde décision, D., h. t., conciliée ainsi avec L. 25, § 13, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — (29) L. 59, D., *Locati*, 19, 1. — (30) L. 3, § 3, D., *Commodati*, 13, 6. — Comp. art. 1221, 2e alinéa.

Digitized by Google

TITRE IV

De l'extinction des obligations

J., III, 29. — D., *De solutionibus*, 46, 3. — C., *eod.* 8, 43.)

Notions générales. — L'obligation est naturellement destinée à s'éteindre par son accomplissement. Mais elle peut s'éteindre aussi par d'autres moyens indiqués d'une manière générale par l'expression *liberatio* ou par le mot *solutio*, pris *lato sensu* (1).

Divisions des modes d'extinction.

1° Modes qui opèrent *ipso jure*, modes qui opèrent *exceptionis ope* (2). Intérêts. — *A)* Le défendeur, dans le premier cas, n'avait pas besoin de faire insérer d'exception dans la formule.

B). L'obligation est plutôt paralysée qu'éteinte lorsqu'il s'agit d'un mode opérant *exceptionis ope*, en sorte que le débiteur peut la faire revivre en renonçant à l'exception (2).

2° Modes opérant d'une manière absolue, *rei cohærentes;* modes opérant d'une manière relative, *personæ cohærentes.* — Intérêts : — *A*) En cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs, l'obligation est éteinte soit vis-à-vis de tous modes absolus), soit vis-à-vis de quelques-uns seulement (modes relatifs). — *B*) Les modes relatifs d'extinction peuvent n'opérer qu'à l'égard du créancier ou du débiteur et non à l'égard de leurs héritiers.

3° Certains faits, comme la transaction, la chose jugée et le serment, quoique regis par des règles analogues à celles qui s'appliquent à l'extinction des obligations, ont plutôt pour résultat d'en démontrer l'inexistence.

(1) L. 47, L. 176, D., *De V. S.*, 50, 16. — L. 34, D., h. t. — (2) L. 47, D., *De V. O.*, 45, 1.

Digitized by Google

CHAPITRE I.

DES MODES D'EXTINCTION QUI OPÈRENT *ipso jure.*

SECTION I. — *Du paiement. — Solutio est præstatio vera rei debitæ* (3).

§ 1. — QUI PEUT PAYER ? *a)* Obligations de *dare :* toute personne peut payer, pourvu qu'elle soit propriétaire de la chose à payer et capable de l'aliéner (4). Mais si un tiers payait par erreur pour autrui, il y aurait paiement de l'indu (5). — *b)* Obligations de *facere.* Ici le créancier peut avoir intérêt à ce que l'obligation soit acquittée par le débiteur lui-même (6). — *c)* L'obligation de ne pas faire ne peut évidemment être acquittée que par le débiteur lui-même (7).

§ 2. — A QUI PEUT-ON PAYER ?

1° Au créancier capable d'aliéner (8). — 2° A la personne ayant qualité pour recevoir au nom du créancier (9). — 3° Enfin à l'héritier apparent, si le débiteur est de bonne foi (10). — Si le créancier ne peut (11), ou ne veut recevoir, le débiteur, après lui avoir réellement offert les choses dues, les dépose scellées de son sceau (*consignatio*) au lieu désigné par le juge compétent (12). La dette est alors éteinte avec tous ses accessoires (13), sauf à renaître si le débiteur retirait les offres non encore acceptées (14). Les offres non suivies de consignation ne libèrent pas le débiteur, mais arrêtent le cours des intérêts et mettent les choses offertes aux risques du créancier (15). *Quid* si la consignation est impossible (16) ?

(3) J., pr., G., III, 168, — L. 176, D., *De V. S.*, 50, 16. — (4) J., pr. — J. II, 8, § 2. — L. 23, L. 40, L. 53, D., h. t. — (5) L. 31, pr., D., *De hered. pet.*, V. 1. — L. 38, § 2, D., h. t. — (6) L. 31, D., h. t. — L. 26, § 12, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (7) L. 49, § 2, D. *De V. O.*, 45, 1. — (8) J., II, 8, § 2. — L. 15, D. — (9) J., *eod.* — L. 10, L. 12, D. — Comp. art. 2005. — (10) L. 25, § 17, *in fine*, L. 31, § 5, D., *De hered. pet.*, 5, 1. — Comp. art. 1240. — (11) L. 18, § 1, D., *De usuris*, 22, 1. — (12) L. 7, D., *eod.* — L. 19, C., *eod.*, 4, 32. — (13) L. 72, pr., D. — L. 9, D. — (14) L. 7, D., *De usuris*, 22, 1. — L. 19, *in fine*, C., *eod.*, 4, 32. — (15) L. 72, pr., D. — (16) L. 1, § 3, D., *De peric. et com.*, 18, 6.

Digitized by Google

§ 3. — Que doit-on payer ? — 1° La chose due. Exception : on peut, si le créancier y consent, donner une chose à la place (*datio in solutum*). Cette opération éteignait la dette *ipso jure* d'après les Sabiniens qui l'emportèrent (17). *Quid*, si la chose d'autrui ayant été donnée *in solutum*, le créancier en est évincé ? L'ancienne créance subsiste-t-elle ? Controverses (18). — Cas dans lesquels le créancier est obligé d'accepter la *datio in solutum* (19).

2° Toute la chose due, sans pouvoir réduire la dette : exceptions (20) ; — ni diviser le paiement (21) ; exceptions (22).

Si la dette porte sur des choses fongibles, le débiteur doit, dans les legs et les obligations de bonne foi, fournir des objets de qualité moyenne (23).

§ 4. — De l'époque du paiement. — Il doit se faire au terme convenu (24). Exceptions : sursis de paiement (25) ; *litteræ moratoriæ* (26) ; délais d'inventaire (27).

§ 5. — Du lieu du paiement. — Il doit être fait au lieu convenu (28) ; autrement on doit payer *opportuno loco* ; le plus souvent au domicile du débiteur, et, quand il s'agit de corps certains, au lieu où ils se trouvaient lors du contrat (29). — Remarque : comme le débiteur peut être valablement assigné non seulement devant le tribunal du lieu où le paiement doit s'effectuer, mais encore devant le tribunal de son domicile ou de son origine (30), le juge, s'il s'agit d'une action de bonne foi, tiendra compte de la différence du lieu où le jugement est rendu, et de celui où le paiement devait être fait (31). — S'il s'agit d'une action de droit

(17) G., III, § 168. — J., pr. — L. 17, C., h. t. — (18) L. 24, D., *De pign. act.*, 13, 7. — L. 46, D. — L. 4, C., *De evict.*, 8, 45. — Comp. L. 98, pr., L. 20, D. — Cujas, *Com. ad. Cod.*, L. 4, h. t. — (19) N. 4, cap. 3. (20) L. 7, § 19, L. 8, L. 9, L. 10, D., *De pactis*, 2, 14. — Comp. C. com., art. 507-542. — (21) L. 41, § 1, D., *De usuris*, 22, 1. — C. civil, art. 1220. — (22) L. 21, D., *De reb cred.*, 12, 1. — L. 7, pr., D., *De except.*, 44, 1. — (23) L. 37, D., *De legat.* 1°, 30. — L. 52, D., *Mandati*, 17, 1. — C. civ., art. 1246. — (24) L. 70, D. — J., III. 15, § 2. — (25) L. 8, C., *Qui bonis cedere*, 7, 71. — (26) L. 2, L. 4, C., *De precibus imperatori*, etc., 1, 19. — (27) L. 22, § 11, C., *De jure delib.*, 6, 30. — (28) L. 2, § 7, L. 9, L. 10, D., *De eo quod certo loco*, 13, 4. — (29) L. 38, D., *De judiciis*, 5, 1. — L. 22, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — Comp, art. 1247, C. civ. — (30) L. L. 1. 2, 3, D., *De reb. auctor. jud.*, 42, 5. — (31) L. 7, pr., D., *De eo quod. certo loco*, 13, 4.

Digitized by Google

strict portant sur un *certum*, le créancier ne pouvait actionner le débiteur qu'au lieu du paiement, car demander ailleurs, c'est demander plus, et le juge ne peut ici tenir compte équitablement de la différence des lieux ; le créancier eut donc commis une *plus petitio loco*. Or, le débiteur aurait pu, en ne se trouvant jamais au lieu du paiement, éviter ainsi toute action. Pour remédier à cet inconvénient, le Préteur introduisit l'action arbitraire *de eo quod certo loco*. Ses caractères (32).

§ 6. — Preuve du paiement. — Application aux quittances de l'exception non *numeratæ pecuniæ* pendant trente jours. — Autres dispositions (33).

§ 7. — De l'imputation des paiements. — Si le débiteur n'a pas désigné la dette qu'il entendait acquitter, le paiement s'impute en principe sur la dette qu'il avait pour lors le plus d'intérêt à acquitter (34).

§ 8. — Effets du paiement. — Le paiement fait par le débiteur éteint absolument la dette. Fait par un tiers, il ne l'éteint qu'autant que ce tiers n'a pas obtenu du créancier la cession d'action, ou du débiteur la subrogation aux droits du créancier (*successio in locum*) (35).

Section II. — *De la novation, et accessoirement de la délégation.*

Sous-Section I. — *De la novation.* (J., III, 29, § 3. — G., III, § 176 à 182. — D., *De novationibus et delegationibus*, 46, 2. — C., *eod.*, 8, 42).

§ 1. — Notions générales. — La novation est une stipulation qui éteint une obligation en la transformant en une obligation nouvelle (1). — La novation est *générale* ou *spéciale*. — A un autre point de vue, elle est *volontaire*

(32) J., IV, 6, §§ 34, 33. — L. 2, § 3, § 8, D., *De eo quod certo loco*, 13, 4. — (33) L. 14, § 2, cbn. avec L. 7, L. 14, § 4, C., *De non num. pec.*, 4, 30. L. 2, § 1, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 14, L. 15, L. 22, C., h. t. — L. 25, D., *De prob.*, 22, 3. — L. 3, C., *De apochis publicis*, 10, 22. — Comp. art. 1332, 1282, 1283, C. civ. — (34) L. 1, L. 5, §§ 2, 3, L. 3, § 1, L. 103, L. 4, L. 5, pr., L. 8, L. 24, L. 89, § 2, L. 97, D., h. t. — L. 1, C., h. t. — Comp. art. 1253-1256. — (35) L. 12, § 8, D., *Qui potiores*, 20, 4. — Édit de 1610. — L. 1, C., *De his qui in priorum*, 8, 19. — Comp. art. 1250.

(1) L. 41, D.

Digitized by Google

ou *judiciaire* (2) (renvoi pour ce dernier cas aux effets de la *litiscontestatio*). — Cas dans lesquels il y a substitution d'une obligation nouvelle à une obligation antérieure, sans que l'on donne à l'opération le nom de novation : contrat *litteris;* mandat transformé en *mutuum* (3); acceptilation *ut des*, ou *ut facias*. La novation véritable se distingue de ces cas en ce que, dans la novation véritable, un seul et même acte (la stipulation) libère et oblige simultanément.

§ 2. — Conditions nécessaires pour qu'il y ait novation. Il faut :

I. — Une obligation à éteindre (4), présente, conditionnelle (5), ou future (6). Si la dette était nulle *ipso jure*, ou *exceptionis ope*, le promettant est néanmoins obligé, *jure civili*, si la stipulation a précisé l'objet de l'obligation *(centum quæ debentur spondesne ?)*; mais il a l'exception de dol s'il a promis ignorant la nullité de l'ancienne obligation. S'il a promis *id quod debetur* sans préciser l'objet, son obligation est nulle, car il ne doit que ce qui était dû auparavant, c'est-à-dire rien (7). Nous supposons, pour éviter toute difficulté, que la novation s'opère *inter easdem personas*.

II. — Une stipulation. Peut-être fallait-il anciennement une formule déterminée (8).

III. — Il fallait que cette stipulation fît naître une obligation civile ou naturelle, valable au moins en la forme (9), et que cette obligation naquit bien des *paroles* de la stipulation et non pas seulement du consentement (10). — *Quid* si la stipulation était conditionnelle (11)? (Renvoi plus bas).

IV. — Il fallait que l'obligation créée contînt un élément nouveau. Cet élément nouveau, à l'époque classique, ne pouvait être un changement de l'objet, mais il pouvait consister en un changement de créancier ou de débiteur. — *Inter eadem personas*, l'élément nouveau pouvait être — *a*) soit un changement dans la nature du lien (stipula-

(2) L. 29, D. — G., III, § 180. — V., § 263. — (3) L. 15, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (4) L. 1, § 1, D. — (5) L. 14, § 1, D. — (6) L. 8, § 2, D. — (7) L. 12, L. 13, D. — L. 31, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (8) Arg. L. 8, C. — (9) L. 1, § 1, *in fine*, D. — G., III, § 176. — J., § 3, h. t. — (10) G., III, § 179. — (11) G., *eod.* — L. 30, § 1, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 14, pr., D.

Digitized by Google

tion au lieu de vente par ex.) ; — *b*) soit l'adjonction ou le retranchement d'un terme (12) ; — *c*) soit l'adjonction d'une condition, mais, dans ce cas, la novation ne s'opère que si la condition se réalise ; si elle défaille, l'obligation primitive subsistera, mais elle sera, d'après quelques jurisconsultes, paralysée par l'exception de dol (13). *Pendente conditione*, la stipulation conditionnelle faite pour nover, a pour effet d'accorder un terme au débiteur (14) et (après controverse) de purger sa demeure (15) ; — *d)* soit le retranchement d'une condition (16) ; la novation ne se produit alors qu'à l'arrivée de la condition de la première obligation (16 *bis*) ; — *e*) l'adjonction ou le retranchement d'un *sponsor* (en supposant, bien entendu, une nouvelle stipulation faite avec le débiteur) emportait novation d'après les Sabiniens, et éteignait par conséquent *ipso jure* l'obligation ancienne avec ses garanties (17).

V. — Il fallait, à l'époque classique, que l'obligation nouvelle eût exactement le même objet que l'obligation ancienne (18). Si donc on avait stipulé un objet différent, la première obligation subsistait, mais le créancier aurait pu être repoussé par l'exception de dol (19).

VI. — Il fallait la capacité de nover. — Le promettant devait pouvoir contracter *par stipulation* une obligation au moins naturelle (20). Le consentement de l'ancien débiteur n'était pas nécessaire (21). — Le stipulant, s'il nove sa propre créance, doit avoir la capacité de recevoir paiement (22). Pour nover la créance d'autrui, le consentement du précédent créancier est nécessaire, sauf exceptions (23).

§ 3. — Effets de la novation.

I. Création d'une obligation nouvelle. Est-elle entachée des mêmes vices que l'obligation ancienne (24) ?

(12) G., IV, § 122. — L. 8, § 1, L. 5, D. — (13) G., III, § 179. — L. 30, § 2, D., *De pactis*, 2, 14. — Voy. *contra*, arg. L. 60, § 1, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (14) Arg. L. 36, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (15) L. 72, §§ 1, 2, 3, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 17, D., *De cond. furt.*, 13, 1. — (16) L. 14, § 1, D. — (16 *bis*) Comp. Accarias, t. II, n° 693, 5°. — (17) G., III, §§ 177, 178. — (18) Arg. L. 1, pr., D. — L. 56, § 7, D., *De V. O.*, 45, 1. — (19) L. 4, D. — (20) L. 3, D. — Voy. *supra* III. — (21) L. 8, § 5, D. — (22) L. 9, L. 20, § 1, D. — (23) L. 8, § 5, L. 22, D. — L. 22, D., *De ad. et per. tut.*, 26, 7. — L. 34, § 1, D. — L. 16, L. 20, pr., L. 34, pr., D. — (24) Voy. plus haut, p. 148, notes 4 à 8. — Voy. aussi plus bas, *Délégation*, notes 37 à 40.

Digitized by Google

II. Extinction de l'ancienne obligation et de tous ses accessoires (25), comme par l'effet d'un paiement (26). On peut par un pacte fait en même temps, transporter à la nouvelle créance les hypothèques de l'ancienne (27). Les cautionnements ne subsistent que si les cautions se sont obligées de nouveau (28). — Autres effets (29).

§ 4. — MODIFICATIONS AUX RÈGLES PRÉCÉDENTES, DANS LE DERNIER ÉTAT DU DROIT ROMAIN.

1° Il faut *exprimer* l'intention de nover (30). — 2° On peut nover en stipulant la valeur de l'objet dû (31), en augmentant ou en diminuant la quantité due (32). En dehors de ces cas, si l'on change l'objet, il n'y aura novation qu'*exceptionis ope* (33) ; la première obligation ne sera que paralysée par un pacte *de non petendo* implicite, et par conséquent on pourra la faire revivre avec tous ses accessoires par une convention. — 3° Un changement *quelconque* dans l'obligation (ex. : hypothèque ajoutée) pourra entraîner novation, si les parties ont exprimé l'intention de nover (34).

SOUS-SECTION II. — *De la délégation.*

Notions générales. — La délégation, *stricto sensu,* est l'acte par lequel un débiteur *(délégant)* fournit à son créancier *(délégataire)* un nouveau débiteur *(délégué)*, à son lieu et place (35). — *Lato sensu,* il y a délégation même lorsque le *délégant* n'est pas le débiteur du *délégataire.*

§ 1. — FORMES DE LA DÉLÉGATION.

1° *Stipulation,* (en principe novation par changement de débiteur). — 2° *Transcriptio a persona in personam.* — 3° *Litiscontestatio,* précédée de *procuratio in rem suam* (36). — Les deux premiers cas sont régis par des

(25) L. 18, L. 19, D. — L. 43, D., *De sol.*, 46, 3. — (26) L. 31, § 1, D. — L. 21, § 3, D., *De annuo legato,* 33, 1. — *Sic.* art. 1281. — (27) L. 11, § 1, D., *De pign. act.*, 13, 7. — L. 21, pr., D., *Qui potiores,* 20, 4. — Sic art. 1278. — (28) L. 4, C., *De fidej.*, 8, 41. — *Sic* art. 1281. — (29) L. 18, L. 27, L. 15, L. 8, pr., D. — L. 2, C., *De exsecutione rei judicatæ,* 7, 53. — (30) L. 2, D. — L. 8, C. — Comp. art. 1273. — (31) L. 28, D. — (32) L. 8, C. — (33) *Secus* art. 1271. — (34) L. 8, C. — (35) L. 11, pr., D. — 36) L. 11, § 1, D. — G., III, § 130.

Digitized by Google

règles identiques; pour le troisième, renvoi à la *procuratio in rèm suam* (cession de créance).

§ 2. — Effets de la délégation.

I. Entre le *délégué* et le *délégataire*. — *A)* Le délégué ne devait rien au délégant et s'est laissé déléguer par erreur ; il n'en sera pas moins obligé envers le délégataire (37). Exceptions (38). — *B)* Si le délégué pouvait opposer une exception au délégant, il ne pourra l'opposer au délégataire (39), même, selon nous, s'il avait promis *id quod debebat* (40). Exceptions apparentes à ce principe (41).

II. Entre le *délégué et le délégant*. — *A)* Si le délégué était débiteur du délégant, il est libéré. — *B)* S'il n'était point débiteur, même naturel, et qu'il se soit laissé déléguer par erreur, il a la *condictio* contre le *délégant* (42). — *C)* S'il savait ne rien devoir au délégant, il a contre lui l'action de mandat, à moins qu'il n'ait agi *donandi animo*.

III. Entre le *délégant* et le *délégataire*. — Si le délégué est insolvable, le délégataire n'a pas de recours contre le délégant (43). Il évite cet inconvénient en se faisant donner, par le délégant, mandat d'accepter la délégation (44). Si le délégant a délégué par erreur, il recourra contre le délégataire dans tous les cas où il aurait eu contre lui la *condictio indebiti* s'il lui avait fait un paiement.

Section III. — *De la remise civile de la dette*. (J., III, 29, § 1. — D., *De acceptilatione*, 46, 4. — C., *eod.*, 8, 44.)

Notions générales. — C'est l'abandon volontaire de la créance fait par le créancier, et éteignant la dette *ipso jure*. — Formes ; principe : *Nil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo coligatum est* (1). Applications. — Ce principe ne régit que les obligations nées des contrats.

(37) L. 13, D. — (38) L. 7, D., *De doli mali except.*, 44, 4. — Voy. *suprà*, p. 148, note 7. — (39) L. 19, D. — L. 8, § 2, D., *Ad Snc. Vell.*, 16, 1. — (40) Voy. cep. L. 32, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — L. 7, § 7, D., *Ad Snc. Macedo.*, 14, 6. — (41) L. 19, C. — (42) L. 12, L. 13, D. — (43) L. 26, D., *Mandati*, 17, 1. — Comp. art. 1276. — (44) J., III, 26, § 2, *in fine*.

(1) L. 35, L. 153, D., *De reg. jur.*, 50. 17.

Digitized by Google

§ 1. — De la remise *per æs et libram* (2).

C'était un paiement fictif, fait par l'airain et la balance, devant cinq témoins et le *libripens*. Elle s'appliquait aux obligations contractées *per æs et libram*, ou nées d'un jugement, ou enfin résultant d'un legs *per damnationem*.

§ 2. — De l'acceptilation.

C'est la remise d'une dette née *verbis*, remise qui s'opère *verbis*, par une interrogation et une réponse solennelles.

I. Éléments essentiels. Il fallait : — *A*) Qu'il y eût interrogation par le débiteur et réponse par le créancier, dans la forme : *Acceptumne habes ? Acceptum habeo*. — *B*) Que la dette fût née *verbis* (3), sinon, il fallait commencer par la nover. — *C*) Que l'opération fut pure et simple (4). Pouvait-elle être partielle ? — *D*) Que le créancier fût capable d'aliéner ; la femme en tutelle ne peut acceptiler sans l'*auctoritas* de son tuteur (5). — *E*) La représentation est impossible, l'acte étant *légitime ;* mais on peut tourner cette difficulté au moyen d'une novation préalable, par changement de créancier ou de débiteur. — L'acceptilation nulle en la forme vaudra, en principe, comme pacte *de non petendo* (6).

II. But de l'acceptilation. Faire une donation ; constituer une dot (7) ; donner une quittance authentique (8) ; libérer le débiteur, lorsqu'il a droit à sa libération gratuite (9) ; changer l'objet de la dette, ou réaliser une transaction (acceptilation *ob rem*) (10).

III. Effets de l'acceptilation. Elle éteint absolument la dette et tous ses accessoires.

IV. De la *stipulation aquilienne* (11). — Cette formule comprend : 1° Une novation par laquelle on stipule l'*estimation* totale de tous les droits réels ou de créance que le stipulant peut avoir à faire valoir contre le promettant,

(2) G., III, § 173. — (3) G., III, § 169. — J., §§ 1, 2, h. t. — (4) L. 77, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — G., III, § 172. — (5) U., 11, § 27. — (6) L. 8, pr., D. — (7) L. 2, C. — L. 17, D., *De donat.*, 39, 5. — (8) L. 19, § 1, D. — (9) L. 10, § 1, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 9, § 7, D., *Quod metus*, 4, 2. — (10) L. 9, D., *De præscript. verbis*, 19, 5. — (11) J., § 2, h. t. — L. 18, § 1, D.

Digitized by Google

estimation telle qu'elle serait faite par le juge qui connaîtrait des actions relatives à ces droits. — 2° Une acceptilation de la somme unique ainsi stipulée. — Avantages de cette formule en cas de transaction sur un ensemble de droits.

§ 3. — Du contrarius consensus (12). Il suffit pour résoudre *ipso jure* les contrats consensuels, pourvu qu'il intervienne *rebus integris* (13), ou qu'on ait remis toutes choses dans l'état antérieur au contrat (14).

Section IV. — *De la perte, par cas fortuit, de la chose due, et accessoirement de la demeure* (mora). (D., *De Verborum obligationibus*, 45, 1).

§ 1. — Conditions exigées pour que le débiteur fut libéré.

Il fallait :

I. Que la chose due eût péri physiquement ou légalement (1). *Quid* si la chose, sortie du commerce, venait à y rentrer (2) ?

II. Que la chose due fut un corps certain. *Quid* des obligations de faire (3) ?

III. Que la perte ne provînt pas du *fait* du débiteur, ou même simplement de sa *faute*, s'il s'agit d'une action de bonne foi (4).

IV. Que le débiteur ne se fût pas chargé des cas fortuits (5).

V. Que le débiteur ne fût pas *en demeure* (6).

A) Comment se produit la demeure : — *a*) Il faut une interpellation par le créancier (7), sauf lorsque le débiteur est absent (8), lorsque la dette naît d'un délit (9), et lors-

(12) J., III, 29, § 4. — L. 35, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (13) L. 2, C., *Quando ab emptione discedere*, 4, 45. — L. 3, D., *De rescind. vend.*, 18, 5. (14) L. 58, D., *De pactis*, 2, 14.

(1) L. 85, § 5, D. — (2) L. 79, § 3, D., *De legat.* 3° 32. — L. 98, § 8, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 27, § 1, D., *De adim. leg.*, 34, 4. — (3) L. 14, § 2, D., *De per. const.*, 13, 5. — (4) L. 91, D. — Voy. *Supra*, Théorie des fautes, p. 114 et s. — (5) L. 5, § 3, D., *Commodati*, 12, 6. — (6) L. 23, D. — (7) L. 24, § 2, D., *De usuris*, 22, 1. — L. 24, D. — (8) L. 2, D., *De nautico fœnore*, 22, 2. — L. 23, pr., § 1, D., *De usuris*, 22, 1. — (9) L. 20, D., *De conp. furt.*, 13, 1. — L. 1, §§ 33, 35, L. 19, D., *De vi*, 43, 16.

Digitized by Google

que le créancier est mineur de vingt-cinq ans (10). — La seule échéance du terme ne met pas le débiteur en demeure bien qu'elle lui fasse encourir la clause pénale; c'est en ce sens seulement que l'on dit : *Dies interpellat pro homine* (11). — *b*) Il faut que le retard du débiteur soit injuste (12).

B) Effets de la demeure. — *a*) Elle fait courir les intérêts et donne droit aux fruits dans les actions de bonne foi et les *fidéicommis* (13). — *b*) Elle met les risques à la charge du débiteur (14), à moins qu'il ne prouve que le créancier n'aurait pas vendu la chose, et qu'elle aurait péri également chez lui, si elle lui eût été payée (15).

C) La demeure cesse : — *a*) Par les offres réelles faites par le débiteur; les risques sont alors pour le créancier (16). — *b*) Par la novation, même conditionnelle (voy. plus haut, p. 149 note 15).

§ 2. — Effets de la perte par cas fortuit de la chose due. Extinction de la dette et de tous ses accessoires. (Voy. *Adpromissio*, Corréalité).

Section V. — *Du concours de deux causes lucratives.*

Lorsqu'une personne est, à titre gratuit, créancière d'une chose, et qu'elle obtient d'autre part cette même chose à titre gratuit, sa créance s'éteint (1).

Section VI. — *De la confusion.* (D., *De fidej.*, 46, 1.)

C'est la réunion sur la même tête de deux qualités incompatibles; exemple : débiteur succédant à son créancier.

1° Confusion entre le créancier et le débiteur principal. On suppose un paiement; la dette s'éteint avec tous ses accessoires (1).

(10) L. 3, C., *In quib. causis*, 2, 41. — (11) L. 12, C., *De cont. stip.*, 8, 38, L. 4, § 4, D., *De lege com.*, 18, 3. — L. 115, § 2, D. — (12) L. 3, pr., L. L. 21, 22, 24, pr., D., *De usuris*, 22, 1. — L. 82, § 1, D. — (13) L. 32, § 2, L. 31, D., *De usuris*, 22, 1. — (14) L. 108, § 1, D., *De legat.* 1° 30. — L. 8, § 1, D., *De cond. furt.*, 13, 1. — (15) L. 14, § 1, D., *Depositi*, 16, 3. — L. 47, § 6, D., *De legat.* 1° 30. — L. 14, § 1, D., *Quod metus*, 4, 2. — Comp. art. 1302. — (16) L. 72, § 3, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 39, D., *eod.* — L. 8, pr., D., *De cond. furt.*, 13, 1.

(1) J., II, 20, § 6. — L. 17, D., *De O. et A.*, 44, 7.

(1) L. 71, pr., L. 38, § 1, D. — L. 75, D., *De sol.*, 46, 3.

Digitized by Google

2° Entre le créancier et le fidéjusseur. Le fidéjusseur est libéré par suite de l'impossibilité d'agir contre soi-même ; ici on ne suppose pas un paiement, et avec raison (2) ; l'action subsiste contre le débiteur principal.

3° Entre le créancier et l'un des débiteurs corréaux. On peut agir contre l'autre pour le tout, ou, s'il est *socius*, pour partie, mais les cautions sont libérées, à cause de leur recours contre le débiteur-créancier (3).

4° Entre le débiteur et le fidéjusseur. L'obligation du fidejusseur est absorbée par celle du débiteur (4). Le *fidejussor fidejussoris* est libéré (5). Cependant l'obligation du fidéjusseur subsiste, si le débiteur n'était tenu que naturellement (6).

5° Entre deux débiteurs corréaux, deux fidéjusseurs, ou deux créanciers corréaux. Ici les deux obligations subsistent ; Conséquences (7).

Remarque : si la confusion cesse, ses effets disparaissent.

Section VII. — *De la minima capitis diminutio.* Elle éteint certaines créances (1) et, *jure civili* du moins, les dettes du *capite minutus*, sauf certaines exceptions (2). (Voy. Résumé, t. I, p. 53, notes 20 et s.)

Section VIII. — *De la mort du créancier ou du débiteur.* (J., IV, 12).

A) La mort du créancier éteint les obligations nées de l'injure, de *l'adstipulatio*, et celles sanctionnées par l'action *rei uxoriæ* (1).

B) La mort du débiteur éteint les obligations du sponsor et du fidepromissor (2). Les actions pénales ou mixtes, nées d'un fait illicite, ne sont possibles contre les héritiers que

(2) L. 21, § 5, D. — (3) L. 71, pr. D. — (4) L. 93, §§ 2, 3, D., *De sol.* 46, 3. — L. 5, L. 14, L. 93, D. — L. 24, C. *De fidej.*, 8, 41. — (5) L., 38, § 5, D., *De sol.*, 46, 3. — *Secus* art. 2035. — L. 21, § 2, D. — L. 95, § 3, D., *De sol.*, 46, 3. — Voy. aussi L. 3, pr., § 1, D., *De sep.*, 42, 6. — (7) L. 21, § 1, D. — L. 93, pr., D., *De sol.*, 46, 3. — (8) L. 22, C., *De inof.*, 3, 28. — L. 87, D., *De adq. hered.*, 29, 2. — L. 21, § 2, D., *De inof. test.*, 5, 2.

(1) G., III, §§ 82, 114. — (2) L 2, §§ 1, 3, L. 8, L. 9, D., *De cap. min.*, 4, 5. — L. 2, pr., D., *Quod cum eo*, 14, 5. — G., IV, § 3.

(1) J., § 1, h. t. — G., IV, §§ 112, 113. — U., VI, § 7. — L. 7, D., *De inof. test.*, 5, 2. — (2) G., IV, § 113.

Digitized by Google

dans la mesure de leur enrichissement (3). Les obligations nées d'un dol commis dans un contrat de bonne foi passent intégralement contre les héritiers ; erreur des Institutes (4).

SECTION IX. — *Du laps de temps.* (J., IV, 12).

A) Les obligations civiles sont perpétuelles, sauf celles du *sponsor* et du *fidepromissor* d'Italie (1). Les obligations prétoriennes sont généralement annales (2). Sous le Bas-Empire, on introduisit la prescription libératoire, mais elle n'agit qu'*exceptionis ope* (renvoi plus bas).

Remarque. — Les Institutes parlent (IV, 12) des *actions* qui s'éteignent par la mort ou le laps de temps : mais il s'agit en réalité des *droits ;* les actions naissant des droits même temporaires, une fois intentées, sont perpétuelles (sauf la péremption d'instance, renvoi à la procédure).

CHAPITRE II

DES MODES D'EXTINCTION QUI OPÈRENT EXCEPTIONIS OPE

Différences générales entre ces modes et ceux qui opèrent *ipso jure.*

§ 1. — DU PACTE DE NON PETENDO. (J., IV, 13, § 3 ; IV, 14, § 4, *in fine.* — G., IV, § 126. — D., *De pactis*, 2, 14).

Le créancier s'engage à ne rien réclamer. — Pacte *ad tempus ;* pacte perpétuel. — Pacte *in rem ;* pacte *in personam* (1).

I. Le pacte *in personam* n'a d'effet qu'à l'égard des parties contractantes elles-mêmes (2), et non vis-à-vis de leurs héritiers, fidéjusseurs, etc.

(3) J., § 1, Voy. *supra* p. 109 et s. — (4) J., § 1, phrase pénultième. — L. 157, § 2. L. 151, § 3, D., *De reg. juris*, 50, 17. — L. 49, D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 17, § 1, D., *De dolo*, 4, 3.

(1) G., III, § 121. — (2) J., pr., h. t.

(1) L. 7, § 8, D. — (2) L. 17, § 3, L. 21, pr., L. 22, L. 25, § 1, L. 57, § 1, D. — L. 5, D., *Quib. mod. pign.*, 20, 6. — L. 3, § 3, L. 5, pr., § 1, D., *De liber. legata*, 34, 3.

Digitized by Google

II. Pacte *in rem*. Il agit à l'égard des héritiers des parties ; mais non à l'égard des tiers, du moins en principe (*res inter alios acta, aliis neque nocet, neque prodest*). Exceptions. Cessionnaires du créancier, mandant, et, d'une manière générale, le débiteur avec qui le créancier n'a pas traité a cependant l'exception de pacte, toutes les fois que si on le faisait condamner, il aurait un recours contre celui avec qui l'on a traité. Applications : *A*) Le pacte avec le débiteur principal profite au fidéjusseur (3). — *B*) Le pacte fait avec le fidéjusseur ne libère pas le débiteur principal, sauf intention contraire, alors exception *de dol* (et non de pacte) au profit du débiteur (4). — *C*) Le *mandator pecuniæ credendæ* peut toujours invoquer le pacte, même *in personam*, fait avec le débiteur principal, puisque le créancier est tenu de céder au *mandator* ses actions non amoindries (5). — *D*) Le pacte *in rem* fait avec l'un des débiteurs corréaux produit effet pour le tout à l'égard de l'autre s'ils sont *socii* (6). — *E*) Le pacte fait par l'un des créanciers corréaux, ne produit, selon nous, aucun effet à l'égard de l'autre créancier (7).

III. Comparaison du pacte *de non petendo* et de l'acceptilation (8).

IV. Du legs de libération. (J., II, 20, § 13. — D., *De liberatione legata*, 34, 3). — Ce legs ne libère pas directement le débiteur, mais le rend *créancier* de l'héritier à l'effet d'obtenir sa libération (*conditio ex testamento* ou exception de dol). *Quid* s'il y a plusieurs débiteurs (1) ? Le débiteur à qui le legs a été fait peut exiger l'acceptilation toutes les fois que l'héritier ne pourrait poursuivre l'autre débiteur sans exposer à une action récursoire celui à qui le legs à été fait. Dans le cas contraire, le légataire ne peut exiger que le pacte *de non petendo*. Applications (2).

(3) L. 21, § 5, D. — J., IV, 14, § 4. — Voy. aussi L. 24, D. — (4) L. 23, § 2, L. 26, D. — (5) Arg. L. 95, § 1, D., *De sol.*, 46, 3. — (6) L. 9, § 1, D., *De duobus reis*, 45, 2. — L. 3, § 3, D., *De liber. legata*, 34, 3. — (7) L. 27, pr. D. — (8) Voy. J., III, 19, § 1. — L. 27, § 2, L. 62, D. — Comp. art. 1287, 1285, 1210.

(1) L. 3, § 3, D., h. t. — (2) L. 5. § 1, D.

Digitized by Google

§ 2. — De la compensation. (J., IV, 6, § 30 et 39. — G., IV, §§ 63 à 69. — D., *De compensationibus*, 16, 1. — C., *eod.*, 4, 31).

Notions générales La compensation est la balance de comptes que fait le juge lorsque deux personnes se trouvent créancières et débitrices l'une de l'autre (1). Utilité de cette institution : il vaut mieux ne rien débourser que de payer sauf à recourir contre celui que l'on vient de payer (2). La compensation à Rome n'était pas précisément un mode d'extinction des obligations, mais plutôt une partie de l'office du juge (3). — Rappel des principes de la procédure formulaire : le juge ne peut élargir la mission qui lui a été donnée par la formule ; — dans les actions à *intentio certa*, le demandeur qui exagère sa prétention encourt la *plus petitio ;* — le défendeur seul peut être condamné.

I. *De la compensation sous le système formulaire.*

A) Compensation dans les actions de bonne foi.

La compensation était admise pour les créances nées au profit du défendeur du même contrat ou quasi-contrat (*ex eadem causa)* (4), même si elles portaient sur des objets différents (*ex dispari specie*). Le juge estimait les deux créances en argent, et ne condamnait le défendeur qu'à la différence.Si le défendeur n'invoquait pas la compensation, ou si le juge le renvoyait *ad separatum* (pour défaut de liquidité) le défendeur se portait demandeur en vertu de l'action qui lui compétait et faisait ainsi valoir sa créance (5).

B) Compensation dans les actions de droit strict.

a) Avant Marc Aurèle.

1° Action *cum compensatione* de l'*argentarius* (6). L'*argentarius* (banquier) doit réclamer, par une *intentio certa, la différence* entre ses créances et celles de son adversaire, pourvu qu'elles soient échues, et qu'elles portent sur des choses fongibles de même espèce ; toute erreur en trop entraîne *plus petitio*. Il est probable qu'il s'agit ici

(1) L. 1, D. — (2) L. 3, D. — (3) *Secus*, art. 1289, 1290. — (4) G., IV, § 61. — J., IV, 6, § 30. — (5) L. 1, § 4, D., *De cont. tut.*, 27, 4. — L. 18. § 4, D., *Commodati*, 13, 6. — (6) G., IV, § 64.

Digitized by Google

seulement des créances résultant des contrats *litteris* passés entre les parttes (7), car s'il s'agissait d'un compte courant résultant de versements d'espèces, ce qui est versé par la partie débitrice compte d'abord comme paiement, et pour le surplus comme avance, en sorte que de plein droit et sans qu'il fût besoin d'une action spéciale, le titulaire du solde créditeur n'aurait jamais pu réclamer que la différence. — Le client de l'argentarius, s'il prenait l'initiative, était-il aussi tenu d'agir *cum compensatione* ? Le moyen de contrainte était probablement le refus d'action (8).

2° Action *cum deductione* du *bonorum emptor*. Lorsqu'il actionne un débiteur du failli *(defraudator)*, il doit dans la *condemnatio* de la formule, déduire (probablement jusqu'à concurrence seulement du dividende par lui promis (9)) les créances du défendeur contre le *défraudator*, échues ou non échues, portant ou non sur des choses fongibles de même espèce (10). Motif : la faillite exige une liquidation complète. S'il se trompe, il n'est pas exposé au péril de la *plus petitio*, puisque son erreur ne portera pas sur l'*intentio* de sa formule (11).

Comparaison de l'action *cum compensatione* et de l'action *cum deductione*. — Remarque. — La compensation était aussi admise dans les stipulations prétoriennes (probablement parce que la stipulation contenait l'expression : *ex bona fide*) et dans dans les actions naissant de ces stipulations (12). Enfin le défendeur pouvait toujours intenter une *mutua petitio* et la porter devant le même juge. La sentence sur l'une de ces actions ne pouvait être exécutée avant que l'autre décision eût été rendue (13). De plus. le juge devait peut-être réunir alors les deux sentences, et. s'il y avait lieu, opérer la compensation en ne prononçant qu'une seule condamnation (13 *bis*).

b) Rescrit de Marc-Aurèle. Désormais la compensation

(7) Voy. Eisele, *Compensation*. — (8) Eisele, p. 30. — (9) Accarias, t. 2, p. 175, note 2, et p. 1233, note 1. — *Contra* : Eisele, p. 46 et s. — (10) G., IV. §§ 66, 67. — (11) G., IV, § 68. — *Lex Rubria*, cap. 20. — (12) L. 10, § 3, D. — (13) L, 1, § 15, D., *De extraord. cogn.*, 50, 13. — L. 38, pr., D., *Mandati*, 17, 1. — L. 1, § 4, D., *Quæ sententiæ*, 49, 8. — L. 7, D., *De act. rer. amot.*, 25, 2. — L. 1, C.. *eod.* 5, 2.

Digitized by Google

peut s'opérer dans les actions de droit strict, par le moyen de l'exception de dol (14). Ce procédé n'était probablement pas usité antérieurement (15). La compensation dans les actions de droit strict est nécessairement invoquée *ex dispari causa*, puisque les contrats d'où naissent ces actions sont unilatéraux. Les créances *ex dispari causa* furent très probablement admises aussi en compensation dans les actions de bonne foi (16). Mais selon nous, il faut toujours dans les actions de droit strict, que la créance opposée porte sur des quantités de même nature que celles qui forment l'objet de la créance principale (controverse) (17).

De quelle manière l'exception de dol faisait-elle opérer la compensation ? Nombreux systèmes. Suivant les uns, le défendeur qui se refusait à opérer la compensation, ou a prendre une formule permettant de l'opérer, était repoussé par l'exception insérée dans la formule (17 *bis*). — Suivant l'opinion commune, l'exception de dol insérée, donnait à l'action de droit strict le caractère d'une action de bonne foi et permettait au juge de tenir compte de la compensation (18). Objections : l'exception de dol insérée aurait nécessairement pour effet d'entraîner le rejet total de la demande. Le premier système ne peut expliquer Paul, II, 5 § 3. — Dans un autre système on soutient que l'exception n'était jamais insérée dans la formule, mais seulement opposée *in jure*, et qu'alors le demandeur était tenu, sous peine de refus d'action, d'agir suivant les cas *cum compensatione* ou *cum deductione* (18 *bis*). — Enfin un auteur récent (19) admettant en principe le système précédent, pense que si le demandeur à qui l'on opposait la compensation ne voulait ni compenser ni déduire, on lui donnait à la vérité l'*actio pura* pour la totalité de la somme réclamée, mais que dans ce cas, le rescrit prescrivait au juge de statuer *comme si le demandeur avait agi cum compensatione*, et par conséquent de lui faire en-

(14) J., IV,6, § 30. — (15) Voy. cep. L. 4, L. 3, L. 5, L. 8, L. 13, L. 14, L. 15, D., h. t., et surtout L. 2, D., h. t. — (16) Arg. J., IV, 6, § 30. Comp. à G., IV, § 61. — (17) P., II, 5, § 3. — Voy. cep. L. 8, C. — L. 10, § 2, D. — (17 *bis*) Ortolan, § 2185. — Maynz, t. 2, § 375. — (18) Desjardins. *Compensation*, p. 60. — Demangeat, t. 2, p. 629. — Accarias, t. 2. p. 1236 et suiv. — Voy. en ce sens, Théophile sur J., IV, 6, § 30. — (18 *bis* v. Scheurl. — (19) Eisele, *Compensation*, §§ 6 à 11.

Digitized by Google

courir la pluspétition si le défendeur avait la moindre créance, car alors le demandeur était censé avoir réclamé comme *amplius*, c'est-à-dire comme différence entre sa créance et celle du défendeur, la totalité de sa propre créance, c'est à dire une somme évidemment trop élevée. On ajoute dans ce système, qu'avant Marc-Aurèle tout défendeur pouvait faire refuser l'action au demandeur dont il se prétendait créancier, et qui ne voulait pas compenser, en offrant de renverser les rôles et de se porter demandeur *cum compensatione;* on explique ainsi la L. 2, D., h. t.

Remarques. — Les actions arbitraires permettent au juge de tenir compte des prétentions du défendeur, lorsqu'elles se rapportent à la chose réclamée, et qu'il oppose l'exception de dol. Ainsi la revendication comprend deux parties : 1° un *judicium*, action rigoureuse ; le juge décide si oui ou non le demandeur est propriétaire ; 2° un *arbitrium* par lequel il ordonne la restitution ; c'est sur cette dernière partie de l'action que porte l'exception de dol ; elle donne au juge le pouvoir d'apprécier équitablement si, et dans quelles conditions, le défendeur doit restituer ; par conséquent, si l'*arbitrium* n'a été exécuté par aucune des parties, le juge appréciera si, et dans quelle mesure, il y a lieu de condamner le défendeur (20).

II. *De la compensation sous Justinien.*

Justinien, par la L. 14, C., h. t. (1er novembre 533), introduit plusieurs innovations.

1° Il décide que la compensation aura toujours lieu *ipso jure,* c'est-à-dire qu'il ne sera plus nécessaire de l'opposer avant la *litiscontestatio* (ou *in limine litis* sous le Bas-Empire). La L. 2, C., *Sententiam rescindi non posse,* 7, 50, d'après laquelle les exceptions péremptoires peuvent être opposées en tout état de cause, ne s'appliquait point à l'exception de compensation, car l'omission de cette exception ne cause pas au défendeur de préjudice notable, puisqu'il reste libre de faire valoir sa créance en se portant demandeur ; de plus, ç'aurait été exposer le demandeur injustement au péril de la pluspétition, ou obliger à recom-

(20) L. 38, *in fine*, D., *De reiv.*, 6, 1.

Digitized by Google

mencer le procès sur nouvelles conclusions (21). Cette raison disparut avec l'abolition des effets anciens de la pluspétition (22), et dès lors disparut aussi le principal motif d'obliger le défendeur à apposer la compensation *in limine litis;* mais alors surgit le danger de prolonger indéfiniment les procès, si l'on permettait d'opposer tardivement en compensation des créances d'une liquidation difficile. Justinien prévint cet inconvénient par sa seconde innovation.

2° Justinien exige que la créance opposée en compensation soit liquide, c'est-à dire que son existence et son étendue soient faciles à vérifier. Cette seconde innovation, destinée à parer aux inconvénients de la première, doit avoir la même sphère d'activité que celle-ci. Donc, elle ne s'applique ni à la compensation *ex eadem causa* des actions de bonne foi, puisque la compensation y avait toujours eu lieu *ipso jure*, et que, par suite, Justinien n'a eu rien à y changer ; ni au cas où la compensation est opposée *in limine litis,* car l'inconvénient prévu n'existe pas dans ce cas, et d'ailleurs cette compensation constitue alors une *mutua petitio* admissible sans conditions (voy. plus bas p. 164, VI).

3° Justinien introduit la compensation dans les actions réelles, c'est-à-dire dans les cas où ces actions aboutissent à des condamnations pécuniaires, exemple : défendeur *qui dolo desiit possidere; — qui se liti obtulit;* — qui se refuse à restituer, alors qu'il n'est pas possible d'exécuter la sentence *manu militari ;* — lorsqu'il y a des condamnations relatives aux *fructus percepti vel percipiendi ;* — lorsque la chose a été détériorée par le possesseur, etc.

4° Justinien prohibe la compensation, la rétention et les *mutuæ petitiones* ne cas de dépôt et de spoliation. (Voy. plus bas, p. 164, n. 38 et 39).

III. *Nature de la compensation.* — En droit romain elle n'a jamais eu lieu de plein droit ; elle n'a jamais été légale ; le défendeur qui oppose la compensation ne se borne pas à *alléguer* qu'il est libéré, mais au contraire il *dispose* de sa

(21) Eisele, § 15. — (22) L. 2, C., *De plus pet.*, 3, 10 (24 juin 530).

Digitized by Google

créance, et la sacrifie volontairement pour payer le demandeur qui est tenu d'accepter cette *datio in solutum*. Opposer la compensation équivaut à faire des offres réelles (23). La seule coexistence des deux dettes ne produit aucun effet juridique. Objections : 1° La *condictio indebiti* est accordée à celui qui, pouvant compenser, paie par erreur (24). Réponse : la *cond. indeb.* est accordée non seulement à celui qui est muni *certainement* d'une exception péremptoire, mais encore à celui qui *peut* en avoir une éventuellement (25). C'est le cas du débiteur qui peut, *s'il le veut*, opposer la compensation. — 2° On objecte que par l'effet de la coexistence des deux dettes la *demeure* cesse, et que la clause pénale ne peut plus être encourue ; mais les textes ne constatent point ces effets (26), qui ne se produisent qu'après que le débiteur a *déclaré* vouloir compenser. (Voyez plus haut, texte et note 23). — 3° On objecte que si l'une des dettes produit des intérêts, ils cessent de courir (27). Mais c'est là une disposition de pur droit positif qui dispense le débiteur de déclarer, *au jour même où il devient créancier*, qu'il entend compenser sa créance non productive d'intérêts avec sa dette qui en produit, parce qu'il a un avantage si évident à faire cette déclaration, qu'il est équitable de la considérer comme faite, la chose allant de soi. De plus, le débiteur de la dette non productive d'intérêts aurait dû, s'il entendait garder sa créance productive d'intérêts, payer sa dette à l'échéance. Ne l'ayant pas fait, il doit être censé avoir admis la compensation ; il y a donc ici un cas de compensation volontaire *tacite*.

IV. *Conditions de la compensation judiciaire sous Justinien.*

1° Il faut que les parties soient respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Exceptions (28). Une créance naturelle peut être opposée en compensation (29). 2° Il faut que les deux créances aient pour objet des cho-

(23) L. 12, C., h. t. — L. 20, § 2, D., *De statul.*, 40, 7. — (24) L. 10, § 1, D. — L. 30, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (25) L. 56, D., *De cond. indeb.*, 12. 6. — (26) L. 40, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — L. 31, § 1, D., *De hered. pet.*, 5, 3. — (27) L. 4, L. 5, C., h. t. — L. 11, L. 12, D. — L. 7, C., *De sol.*, 8, 42. — (28) L. 9, § 1, D. — L. 5, D. — L. 10, D., *De duobus reis*, 45, 2. — (29) L. 6, D., h. t.

Digitized by Google

ses fongibles de même espèce (30) (à moins qu'elles ne naissent *ex eadem causa*). 3° Il faut que la créance du défendeur ne soit pas paralysée par une exception (31). 4° Qu'elle soit exigible (32); le terme de grâce n'empêche pas la compensation (33). 5° Qu'elle soit liquide (voyez plus haut, p. 162, 2°).

V. *Cas dans lesquels la compensation n'est pas admise.*

1° Privilèges du fisc (34). 2° Interdiction de la compensation en cas de dépôt (35). Sous l'ancien droit, le dépositaire ne pouvait opposer la compensation (36), mais il jouissait du droit de rétention (37). Justinien le lui enlève, et lui interdit même les *mutuæ petitiones* (38). 3° La compensation et les *mutuæ petitiones* sont encore interdites en cas de spoliation (39). 4° Le commodataire ne peut opposer la compensation, mais il jouit du droit de rétention (40).

VI. *Des mutuæ petitiones.*

Sous Justinien, et même antérieurement, il est parfois difficile de distinguer la compensation de la *mutua petitio*. Elle en diffère pourtant (41). 1° Par la *mutua petitio*, le défendeur originaire peut faire valoir sa créance tout entière, et si elle est plus forte que celle de son adversaire, faire condamner ce dernier au reliquat; par la compensation, le défendeur ne peut obtenir au plus que son absolution. Cette différence a disparu sous Justinien parce qu'à cette époque le demandeur lui-même peut être condamné (42). — 2° La *mutua petitio* doit être intentée en même temps que la demande principale. 4° Il n'est pas nécessaire qu'elle ait pour objet des choses fongibles de même espèce que la demande principale.

§ 3. — De la prescription libératoire (C., *De præscriptione trigenta vel quadraginta annorum*, 7, 39.)

(30) L. 22, L. 15, D. — (31) L. 14, D. — (32) L. 7, pr., D. — (33) L. 16, § 1, D. — (34) L. 1, C., h. t. — L. 46, §§ 4, 5, D., *De jure fisci*, 49, 14. — L. 17, L. 20, D. — L. 41, C. Th., *De appel.*, 11, 30. — (35) Voy. plus haut p. 82, note 10. — (36) P., II, 12, § 12. — (37) *Lex Dei*, 10, 2, § 6, comp. à L. 15, § 2, D., *De furtis*, 47, 2. — (38) L. 11, C., *Depositi*, 4, 34. — L. 4, C., h. t. Comp. C. civil, art. 1293, 1948. — (39) L. 14, C. — Comp. C civil art. 1293, 1°. — (40) L. 4, C., *De commodato*, 4, 23. — L. 15, *in fine*, D., *De furtis*, 47, 2. — (41) Voy. *suprà*, notes 13 et 13 *bis*. — L. 22, D., *De judiciis*, 5, 1. — L. 11, § 1, D., *De jurisdictione*, 2, 1. — (42) L. 14, C., *De sententiis et interlocut.*, 7, 45.

Digitized by Google

I. *Notions générales.* (Pour la prescription en matière de droits réels, voyez *Résumé* t. I, p. 104). — Après l'expiration du délai accordé pour intenter les actions prétoriennes, on pouvait opposer la *præscriptio temporalis*, appelée aussi *annua exceptio* (1). Théodose II décida que toutes les actions réelles ou personnelles s'éteindraient par 30 ans (2). Il s'agit des actions non encore intentées.

II. *Conditions requises pour la prescription.* — 1° Il faut qu'il y ait *actio nata* (3), c'est-à-dire, en matière de créances, que la dette soit exigible (3 *bis*). — 2° Le laps de temps. Certaines actions se prescrivent par quarante ans (4), d'autres par cinquante ans (5). Il faut que le dernier jour du délai soit entièrement accompli (6). — 3° La continuité : *a)* interruption naturelle par la reconnaissance expresse ou implicite de la dette (7) ; — *b)* interruption civile par la citation en justice *(conventio)* (8). Si l'instance est interrompue, la prescription qui recommence est de quarante ans (9) ; — *c)* interruption par une protestation publique, dans certains cas (10).

III. *Causes qui empêchent ou suspendent la prescription.* — La prescription ne court pas contre les pupilles (11); les prescriptions de moins de trente ans ne courent pas contre les mineurs de vingt-cinq ans (12) ; autres personnes contre lesquelles la prescription ne court pas (13). Quand on a une action et une exception pour garantir le même droit (14), on admet généralement que l'exception survit à la prescription de l'action : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (15).

IV. *Effets de la prescription.* — Elle permet au débi-

(1) L. 30, § 5. D., *De peculio*, 15, 1. — L. 15, § 5, D., *Quod vi aut. clam.*, 43, 24. — L. 5, C., *De injur.*, 9, 35. — (2) L. 1, C. Th., *De actionibus certo temp fin.*, 4. 14. — L. 3, C., h. t. — (3) L. 1, C , *De annali exceptione*, 7, 40. — (3 *bis*) L. 7, § 4, C , h. t — (4) L. 7, pr , §§ 1, 2, 3, C — N. 111 et 131, cap. 6. — (5) L. 3, C., *De aleatoribus*, 3, 33. — (6) L. 6, D., *De O. et A.*, 44. 7. — Art. 2261. — (7) L. 7, § 5, L. 8, § 4, C. — (8) L. 3, L. 7, § 5, C. (9) L. 9, C. — (10) L. 2, L. 3, C., *De annali exceptione*, 7, 40. — (11) L. 3, C. — (12) L. 5, C., *In quib. causis restit.*, 2, 41. — L. 3, C., *Quib. non obj.*, 7, 35. — (13) L. 22, § 1, C., *De jure delib.*, 6, 30. — L. 8, *in fine*, C., *Qui bonis cedere*, 7, 71. — L. 6, C., h. t. — L. 7, § 6. C., h. t. — (14) L. 8, § 13, D., *De inofficioso test.*, 5, 2. — (15) L. 5, § 6, D., *De doli mali except.*, 44, 2.

Digitized by Google

teur d'invoquer une exception (16) ; le juge ne peut dès lors la suppléer d'office (17). — Selon nous elle n'éteint que l'action, et n'atteint pas le droit, par conséquent elle laisse subsister une obligation naturelle (18).

§ 4. Du pacte de constitut (Voy. plus bas, *obligations prétoriennes.)*

CHAPITRE III

DES MODES QUI, AU POINT DE VUE D'UNE DES PARTIES, DÉMONTRENT L'INEXISTENCE DE LA DETTE PLUTÔT QU'ILS NE L'ÉTEIGNENT.

§ 1. — Du pacte de serment. (Voy. plus bas, *obligations prétoriennes*).

§ 2. — De la chose jugée (Renvoi à la procédure).

§ 3. — De la transaction (D., *De transactionibus*, 2, 15. — C., *eod.*, 2, 4).

I. Nature. — La transaction est un acte juridique par laquelle deux personnes tranchent une contestation en se faisant des concessions réciproques (1).

II. Conditions de validité. — Il faut qu'il y ait : *a)* chose douteuse ou aléatoire, mais non pas nécessairement chose *litigieuse* (2) ; — *b)* des sacrifices réciproques ; autrement il y aurait une pure libéralité (3) ; — *c)* la capacité des parties ; — *d)* il faut encore que la transaction ne soit pas contraire aux lois ou aux mœurs (4). Quelquefois des conditions spéciales, ou l'autorisation du magistrat sont requises (5).

III. La transaction est annulable, outre les causes ordi-

(16) L. 8, § 4, C. — (17) Voy. art. 2223. — (18) Voy. plus bas, *Obligations naturelles*, note 9.

(1) L. 38, C. — L. 1, D. — (2) Art. 2056. — P., I, 1, § 5. — L. 23, § 1, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — L. 11, D., etc. — (3) L. 3, C., *De repud. hered.*, 6, 31. — L. 38, C. — (4) L. 18, C. — L. 1, § 1, L. 7, D., *De prævaric.*, 47, 15, etc. — (5) L. 6, D. — L. 1, § 1, D., *Test. quem. ap.*, 29, 3. — L. 8, D., L. 8, C. — C. pr., art. 1004 et 581. — Aubry et Rau, § 240.

Digitized by Google

naires, lorsqu'il y a erreur sur un point que les parties considéraient comme certain (6). Développement.

IV. Procédés et effets de la transaction. — Acceptilation avec stipulation (7). Pacte *de non petendo* (8). Acceptilation *ob rem* (contrat innommé). Stipulation d'une clause pénale ; ses effets (9).

TITRE V

De la cession de créance

(D., *De hereditate vel actione vendita*, 18, 4. — C., *eod.*, 4, 39.)

Notions générales. — La cession peut avoir lieu à titre gratuit ou onéreux, être volontaire ou forcée (*beneficium cedendarum actionum*). Procédés employés par les Romains. 1° Délégation (voy. plus haut, p. 150) (1). 2° Mandat *in rem suam* (2). Ce procédé ne dut être employé que lorsqu'il fut permis de plaider par mandataire.

§ 1. — Effets du mandat avant que le mandataire ait fait *litiscontestatio* avec le débiteur cédé.

a) Entre le cédé et le cessionnaire. — Vis-à-vis du cédé, le cessionnaire n'est que le mandataire du cédant, avec pleins pouvoirs (3).

b) Entre le cédé et le cédant. — Le cédant est resté créancier et peut agir comme tel (4).

c) Entre le cédant et le cessionnaire. — Rapports de mandant à mandataire ; conséquences : révocation possible, etc. — Il y a aussi entre eux les rapports naissant du contrat (vente par ex.) qui a motivé la cession (5).

(6) L. 42, C. — Art. 2054, 2055. — L. 36, D., *Fam. ercis.*, 10, 2, etc. — (7) L. 122, § 5, D., *De V. O.*, 45, 1. — (8) L. 28, L. 36, C. — (9) L. 15, L. 16, D. — L. 41, C.

(1) G., II, § 38. — (2) G., II, § 39. — (3) L. 13, § 1, D., *De pactis*, 2, 14. L. 17, § 3, D., *De jurejur.*, 12, 2. — (4) L. 23, § 1, D. — L. 17, D., *De transact.*, 2, 15. — (5) L. 23, § 1, D.

Digitized by Google

d) Entre le cessionnaire et les créanciers du *cédant*. — Le *magister bonorum* de la faillite du cédant révoquera le mandat.

e) Entre le cessionnaire et un deuxième *cessionnaire*. — Le second sera préféré au premier.

Différences entre le mandat *in rem suam* et la délégation.

§ 2. — Effets après la *litiscontestatio* faite entre le cessionnaire et le cédé (6).

Formule *Rutilienne* (7). Différences entre l'effet de la *litiscontestatio* et celui d'une novation par changement de créancier (8). Intérêt qu'a le mandataire à faire *litiscontestatio* avec le cédé ; procédé équivalent introduit sous l'empire : *certioration* du débiteur (9).

Avantages et inconvénients de la délégation et du mandat : — *a)* avant la *litiscontestatio* faite par le mandataire ; — *b)* après la *litiscontestatio* ou la certioration du débiteur.

§ 3. — Dernier état du droit.

1° Lorsqu'il est intervenu un acte à titre onéreux de nature à obliger le créancier à céder ses actions par mandat, on suppose le mandat donné, et l'on accorde au cessionnaire les actions utiles (10). Conséquences : plus de révocation possible (11). Mais la *certioration* du débiteur reste encore utile pour l'empêcher de payer au créancier (12). — 2° Si l'acte était à titre gratuit, l'ancien droit fut maintenu (13) jusqu'à Justinien, qui assimila les deux cas (14).

Remarques. Le cessionnaire a les mêmes droits que le cédant, sauf les privilèges personnels (14 *bis*). Tous les moyens de défense acquis au cédé avant la notification de

(6) G., IV, § 86. — L. 3, C., *De novat.*, 8, 42. — (7) Arg. G., IV, § 35. (8) L. 29, D., *De novat.*, 46, 2. — (9) L. 3, C., *De nov.*, 8, 42. — L. 16, D., *De pactis*, 2, 14. — Cout. de Paris, art. 108. — C. civ., art. 1690. — (10) L. 1, L. 2, C., *De O. et A.*, 4, 10. — LL. 7, 8, 9, C. — L. 55, D., *De procur.*, 3, 3. — (11) L. 1, C., *De O. et A.*, 4, 10. — L. 33, C., *De donat.*, 8, 54. — L. 55, D., *De procur.*, 3, 3. — (12) L. 3, C., *De nov.*, 8, 42. — L. 23, § 1, D. — L. 18, § 1, D., *De comp.*, 16, 2. — L. 17, D., *De transact.*, 2, 15. — (13) V., § 263. — (14) L. 33, C., *De donat.*, 8, 54. — (14 *bis*) L. 2, pr., D. — L. 5, C. — L. 42, D., *De ad. et per.*, 26, 7.

Digitized by Google

la cession, sont opposables au cessionnaire. Le cédant à titre onéreux garantit l'existence de la créance, mais non la solvabilité du débiteur (14 *ter*).

§ 4. — De la cession de droits litigieux.

Les actions intentées sont en principe incessibles ; il faudrait en effet une *translatio judicii* qui ne peut être accordée que par le magistrat (15). — Avant tout procès, si le droit était litigieux, diverses dispositions législatives interdirent les aliénations qui avaient pour but de rendre plus mauvaise la position de l'adversaire (16). Enfin Anastase (17) et Justinien (18) décidèrent que le cessionnaire à titre onéreux n'aurait action contre le cédé que jusqu'à concurrence de ses déboursés et des intérêts. Bien que ces constitutions semblent s'appliquer à toute cession d'action, l'ancienne jurisprudence ne les appliqua qu'à la cession de droits litigieux (19).

§ 5. — De la vente d'hérédité et de la cession in jure d'une hérédité.

A) Vente d'hérédité (déjà ouverte). L'acheteur ne saurait devenir héritier au lieu et place du vendeur, mais il doit être mis par le vendeur dans la situation où il serait, s'il était lui-même héritier (20). Procédés : aliénation des choses corporelles par tradition ou autre mode ; stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* (21), plus tard mandat donné pour réaliser le transfert des créances héréditaires ; enfin on donne à l'acheteur les actions utiles (22).

B) Cession *in jure* d'une hérédité. — *a)* Avant l'adition ; faite par l'héritier *ab intestat*, elle transfère le *nomen heredis*, l'acquéreur devient donc réellement héritier ; faite par l'héritier institué, elle ne produit aucun effet. — *b)* Après l'adition, les choses corporelles sont transférées, les créances s'éteignent, les dettes restent à la charge du cédant (23).

(14 *ter*) L. 4. et 5, D. — (15) L. 2, C., *De litigiosis*, 8, 37. — Arg. L. 8, § 1, D., *De alienat. mut. jud. factis*, 4, 7. — Voy. aussi *Frag. de jure fisci*, § 8 ; G., IV, § 117, L. 1, pr., L. 22, pr., D., *De jure fisci*, 49, 14. — (16) Mêmes textes et L 1, L. 2, C., *Ne liceat potentioribus*, 2, 14. — (17) L. 22, C., *Mandati*, 4, 35. — (18) L. 23, C., *eod.* — (19) C. civ., art. 1699-1701. — (20) L. 2, §§ 18, 19, D. — (21) G., IV, § 252. — (22) L. 16, pr., D., *De pactis*, 2, 14. — (23) G., III, §§ 12, 85-87 ; II, §§ 34-37. — U., 26, § 5.

Digitized by Google

APPENDICE

Des obligations alternatives, facultatives et avec clause pénale. (D., *De obligationibus et actionibus*, 44, 7).

§ 1. — Obligation alternative.

L'obligation a deux objets dont l'un seulement doit être payé. En principe le choix appartient au débiteur (1). Dans ce cas le créancier qui, dans sa demande, ne laisserait pas au débiteur son droit d'option, commettrait *plus petitio* (2).

A) Choix au débiteur. — Si l'une des choses périt par cas fortuit, le débiteur peut-il offrir sa valeur, ou doit-il payer l'autre chose? Controverse romaine (3). Si les deux choses ont péri : *a*) par cas fortuit, le débiteur est libéré; — *b*) la première par cas fortuit, l'autre par le fait du débiteur; le prix de cette dernière est dû; — *c*) la première par le fait du débiteur, la seconde par cas fortuit; le créancier, si l'action du contrat est de droit strict, n'aurait que l'action *de dolo* pour exiger le prix de la première (4). C'est à tort que le Code civil permet ici de réclamer le prix de la chose qui a péri la dernière (5); — *d*) si les deux choses ont péri par le fait du debiteur, le créancier exigera le prix de la dernière périe.

B) Choix au créancier. — Il peut toujours exiger le prix de la chose périe par le fait du débiteur (6).

Remarque. — Ce que nous disons du *fait* du débiteur, en supposant le contrat de droit strict, s'appliquerait sans doute à la *faute* du débiteur, dans les contrats de bonne foi (7).

§ 2. — De l'obligation facultative (8).

Il n'y a qu'une chose due, mais le débiteur peut se libérer en payant une autre chose déterminée. La première

(1) L. 34, § 6, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — (2) J., IV, 6, § 33. — (3) 1re opinion: L. 47, § 3, D., *De leg.* 1° 30. — 2e opinion: L. 55, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — L. 34, § 6, D., *De cont. empt.*, 18, 1. — C. civ., art. 1193. — (4) L. 95, § 1, D., *De sol.*, 46, 3. — (5) C. civ., art. 1193. — (6) L. 95, pr., D., *De sol.*, 46, 3. — Art. 1194. — (7) Voy. L. 91, pr., D., *De V. O.*, 45, 1. — (8) Voy. L. 2, L. 8, C., *De rescind. vend.*, 4, 44. — L. 16, § 3, D., *De pign.*, 20, 1. — L. 6, § 1, D., *De re judic.*, 42, 1.

Digitized by Google

seule est *in obligatione*, la seconde n'est qu'*in facultate solutionis*. Conséquences.

§ 3. — De l'obligation avec clause pénale.

La clause pénale, qui se présente généralement sous la forme d'une stipulation conditionnelle, a pour but de fixer à l'avance le montant des dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution de l'autre obligation (9).

Quand la clause pénale est-elle encourue? *a*) Obligation pure : quand il y a eu *litis contestatio* avec le créancier qui la réclame (10). — *b*) Obligations à terme : par la seule échéance du terme (11).

Le créancier pouvait, si le contrat sanctionné par la clause pénale était de bonne foi, demander à son choix l'exécution de l'obligation (dommages-intérêts) ou exiger le paiement de la peine, et même après avoir obtenu condamnation sur l'une des deux actions, intenter l'autre pour la différence (12). Si l'obligation sanctionnée naissait d'une stipulation, on supposait que l'intention des parties avait été que la peine fût seule exigée (13). Le principal et la peine peuvent être cumulés, si telle a été l'intention des parties, notamment en cas de transaction et lorsque l'obligation principale consiste *in non faciendo* (14). — Le juge ne pouvait jamais diminuer la peine (15).

Remarque. — La clause pénale peut être employée pour sanctionner indirectement une obligation nulle (pourvu qu'elle ne soit pas contraire aux bonnes mœurs), ex. : une stipulation pour autrui (16).

(9) J., III, 15, § 7. — L. 13, D., *Ratam rem*, 46, 8. — (10) L. 21, § 12, D., *De receptis*, 4, 8. — (11) L. 12, C., *De cont. stip.*, 8, 38. — (12) L. 28, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 41, L. 42, L. 71, D., *Pro socio*, 17, 2. *Secus* en droit français, art. 1152. — (13) L. 115, § 2, *in fine*, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 44, § 6, D., h. t. — (14) L. 115, § 2, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 16, D., *De trans.*, 2, 15. — L. 122, § 6, L. 133. D., *De V. O.*, 45, 1. — (15) Sic art. 1152. Voy. cep. L. 13, § 26, D., *De act. empti*, 19, 1, où il s'agit d'une clause pénale qui dissimule des intérêts usuraires. — (16) LL. 61, 69, 123, 134 pr., D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 2, C., *De inut. stip.*, 8, 39.

Digitized by Google

TITRE VI

Des obligations prétoriennes.

Notions générales. — Pour créer des obligations que le droit civil ne reconnaît pas, le Préteur se sert de trois procédés :

1° Il force une personne à s'engager par stipulation.

2° Il organise une action *fictice :* exemples (1).

3° Il crée une action *in factum.*

CHAPITRE I

DES STIPULATIONS PRÉTORIENNES (J., III, 18. — D., *De stipulationibus prætoriis*, 46, 5.)

Le Préteur emploie ce procédé : *a*) pour mieux assurer l'exécution d'une sentence ; — *b*) pour prévenir un dommage éventuel ou sauvegarder un droit futur ; — *c*) enfin pour assurer la comparution d'une personne.

Division des stipulations prétoriennes.

§ 1. — STIPULATIONS JUDICIELLES, introduites pour assurer l'exécution d'une sentence.

A) *Cautio de rato,* par laquelle le mandataire demandeur s'engage à faire ratifier la sentence par son mandant, et fournit des fidéjusseurs (2). — *B*) *Cautio judicatum solvi* (promesse et fidéjusseurs) due : 1° par toute personne qui plaide comme défendeur au nom d'autrui (3) ; — 2° par tout défendeur dans les actions réelles (4). — *C*) *Cautio de opere restituendo,* en cas de *nunciatio novi operis* (5).

(1) G., IV, §§ 58, 57. — (2) D., *Ratam rem,* 46, 8. — J., § 4. — P., I, 3 §§ 4, 5, 6. — (3) G , IV. §§ 101, 89. — D., *Judicatum solvi*, 46, 7. — (4) V., § 92. — P., , 11, § 1. — U., frag. de Vienne, § 6. — (5) D., *De op. novi nunciat.*, 39, 1. — C., *eod.*, 8, 11.

Digitized by Google

§ 2. — Stipulations cautionnelles.

Elles ne supposent pas d'instance engagée et interviennent pour assurer la réparation d'un dommage éventuel, ou pour sauvegarder un droit futur. — *A) Cautio damni infecti* (5 *bis*). Cette stipulation, parfois garantie par des fidéjusseurs, était nécessaire, parce que le propriétaire de l'édifice qui menaçait ruine aurait pu se soustraire à la réparation du dommage causé aux voisins par sa chute, en abandonnant l'immeuble *noxaliter* (6). Le Préteur contraignait à faire cette promesse par deux décrets (provisoire et définitif) d'envoi en possession ; leurs effets (7). Autres cas d'application de la *cautio damni infecti* (8). — *B) Cautio legatorum.* L'héritier doit donner caution d'acquitter en leur temps les legs conditionnels ou à terme : autrement le Préteur donnera au légataire la *custodia* des choses héréditaires (9). — *C) Cautio rem pupilli salvam fore.* Cette promesse, garantie par des fidejusseurs, était exigée de certains tuteurs (10).

§ 3. — Stipulations communes.

Elles sont exigées pour assurer la comparution ultérieure d'une personne ; ex. : *cautio in jure* ou *in judicio sistendi* (10 *bis*) Elles ressemblent aux stipulations judicielles en ce qu'elles interviennent à l'occasion d'une instance, mais elles n'ont pas pour but d'assurer l'exécution de la sentence.

Autre division (11) : Stipulations *judicielles*, c'est-à-dire ordonnées par le juge (*cautio de rato, cautio de persequendo servo*, etc.) ; *prétoriennes*, c'est-à-dire ordonnées par le magistrat ; — *communes*, ordonnées par l'un ou par l'autre.

(5 *bis*) D., *De damno infecto*, 39, 2. — (6) L. 6, D., *eod.* — (7) L. 26, D., *De pign. act*, 13, 7. — L. 4, pr., D., *Ne vis fiat. ei*, 43, 4. — Voy. aussi *Lex Galliæ Cisalpinæ*, c. 20. — L. 15, § 3, L. 4, § 2, D. — L. 4, § 2, D., *Ne vis fiat ei*, 43, 4. — (8) L. 19, § 3, L. 30, D. — (9) D., *Ut in pos. legat.*, 36, 4, L. 3, § 3, L. 5, pr. — (10) *Rem pupilli salvam fore*, 46, 6. — (10 *bis*) L. 1, D., *Si quis in jus*, 2, 5. — L. 5, § 1, D., *Qui satisdare cogantur*, 2, 8. — (11) J., III, 18.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DES OBLIGATIONS PRÉTORIENNES GARANTIES PAR DES ACTIONS IN FACTUM

SECTION I. — *Obligations naissant des conventions.*

§ 1. — DU PACTE DE CONSTITUT (D., *De pecunia constituta*, 13, 5. — C., *eod.*, 4, 18. — J., IV, 6, §§ 8 et 9).

Historique. — Les banquiers s'obligeaient par le *receptitium* à payer à date fixe, à une personne déterminée (1); le *receptitium* est remplacé, dans le dernier état de droit, par le *constitut*, pacte prétorien par lequel une personne s'oblige à payer, à une date fixe, une dette préexistante.

I. *Éléments essentiels du constitut.* — 1° Consentement des parties ; aucune forme spéciale n'était requise (2). — 2° Fixation d'un jour, autrement le délai était de dix jours (3). — 3° Une dette préexistante, même seulement naturelle (4), due par le constituant ou par un tiers (5), ayant pour objet des choses fongibles (6). — 4° L'objet du pacte peut être autre que celui de l'obligation primitive. — Ainsi ce pacte a pour but de modifier une obligation préexistante.

II. *Effets du constitut.* — *A)* Effets généraux : il engendre une obligation prétorienne sanctionnée par l'action *de pecunia constituta* (7), action perpétuelle en principe (8), dans laquelle le défendeur devait faire une *sponsio pœnalis* de moitié (9) ; l'exécution du constitut ne peut se cumuler avec celle de l'obligation primitive. — *B)* Effets spéciaux à certains cas. — *a)* Constitut *inter easdem personas;* 1° Rapprocher ou reculer le terme, changer le lieu du paiement ou l'objet de la dette, perpétuer l'obligation, sanctionner une obligation naturelle, donner une action plus rigoureuse au créancier (10). 2° Éteindre *exceptionis ope* l'ancienne obligation, si telle a été l'intention des parties.

(1) L. 2, C. — (2) L. 14, § 3, L. 15, D. — (3) L. 21, § 1, D. — (4) L. 1, § 7, L. 3, § 2, D. — (5) L. 5, § 2, D. — (6) L. 2, pr., C. — (7) L. 20, D. — (8) L. 2, pr., C. — (9) G., IV, § 71. — (10) L. 3, § 2, L. 8, L. 18, § 1, L. 1, §§ 7, 5, L. 14, §§ 1, 2, D.

Digitized by Google

Intérêts de la question (11). — *b)* Constitut entre le créancier et un nouveau débiteur; le pacte s'interprète alors comme cautionnement, non comme *expromissio* (12). (Voy. plus haut, p. 135). — *c)* Constitut entre le débiteur et un nouveau créancier. Effets analogues soit à ceux de la novation, soit à ceux de l'acceptilation (13).

III. *Réformes de Justinien* (14). — L'action est toujours perpétuelle. Le constitut s'appliquera même aux dettes de corps certains.

§ 2. — Du pacte de serment. (J., IV, 6, § 11. — D., *De jurejurando*, 12, 2. — C., *De rebus creditis*, 4, 1).

Notions générales. — Divisions du serment : 1° Serment volontaire ou conventionnel. 2° Serment nécessaire, c'est-à-dire déféré en justice (renvoi à la procédure).

Le pacte de serment est un pacte prétorien par lequel une personne consent à perdre son droit ou à reconnaître le droit d'une autre personne si celle-ci affirme sa prétention par serment (1).

I. *Éléments essentiels.* — 1° Convention de serment. 2° Serment prêté (2). 3° La capacité de rendre sa condition pire pour la partie qui défère le serment (3). Il peut être prêté sur toute espèce d'affaires (4).

II. *Effets.* — Le fait juré est réputé vrai comme s'il y avait chose jugée (5). — Effets spéciaux. 1° Droits de créance ; — *a)* serment prêté par le créancier : action *in factum de jurejurando* (6). — *b)* Serment prêté par le débiteur : exception *jurisjurandi* (7). Effets du serment prêté par le fidéjusseur, par le débiteur corréal, etc. (8). — 2° Droits réels : — *a)* Le défendeur *Secundus*, jure que la chose n'est pas au demandeur *Primus* : *Secundus* a, contre la revendication de *Primus*, l'exception *jurisjurandi* (9).

(11) L. 59, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 8, L. 25, pr., L. 18, § 3, D. — (12) L. 5, § 2, L. 28, D. — L. 15, D., *De in rem. verso*, 15, 3. — L. 3, § 2, D., *De adm. rer.*, 5, 8. - (13) L. 5, § 2, D. — Comp. Bodin, *Revue de législation*, 1866, p. 209. — (14) L. 2, C.

(1) L. 17, pr., D. — (2) L. 5, § 4, D. — (3) L. 17, §§ 1, 2, L. 9, § 4. D. — (4) L. 3, § 2, L. 30, § 4, D. — L. 6, C. — (5) L. 8, C. — L. 2, L. 31, D. — (6) J., IV, 6, § 8. — L. 5, § 2, D. — (7) L. 3, L. 9, D. — (8) L. 28, § 1, D. — L. 1, § 3, D., *Quarum rerum*, 44, 5. — L. 28, pr., § 3, L. 27, D. — (9) L. 11, pr., D.

Digitized by Google

— *b) Secundus* jure que la chose est à lui ; il a alors l'exception comme ci-dessus, et de plus il a contre *Primus* et ses héritiers (10) l'action *de jure jurando* pour réclamer la chose. Cette action, étant personnelle. échappe à la *præscriptio longi temporis* (11).

SECTION II. — *Obligations prétoriennes naissant des quasi-contrats ou des quasi-délits.*

SOUS-SECTION I. — *De l'action Paulienne.* (J., IV, 6, § 6. — D., *Quæ in fraudem creditorum*, 42, 8).

Historique et notions générales. — En principe les créanciers n'ont de droit que sur les biens existant dans le patrimoine du débiteur au temps de la *venditio bonorum*. Ce principe reçoit exception au cas ou le débiteur a frauduleusement diminué son patrimoine. Les créanciers alors pourront, s'ils possèdent, repousser l'action née des actes frauduleux par l'exception de dol ; s'ils ne possèdent pas, ils prendront la possession par l'*interdit fraudatoire* (1). Ils peuvent enfin se servir de l'*action Paulienne*.

§ 1. — NATURE DE L'ACTION PAULIENNE D'APRÈS LE DIGESTE.

C'est une action *in factum, in personam, arbitraire,* contre les tiers enrichis par un acte frauduleux du débiteur. Les Institutes la représentent comme une action *fictice, in rem* (2). Intérêt de cette dernière action en cas d'insolvabilité du détenteur. En cas d'affranchissement *in fraudem creditorum*, application de la loi Ælia Sentia (3).

§ 2. — CONDITIONS REQUISES POUR QUE L'ACTION PUISSE ÊTRE INTENTÉE.

I. *Eventus damni.* Il faut que l'acte attaqué ait causé un préjudice aux créanciers en créant ou en augmentant l'insolvabilité du débiteur (4), insolvabilité constatée par le résultat de la *venditio bonorum*. Peut-être cette condi-

(10) L. 11, § 1, D. — Voy. aussi L. 7, § 7, D., *De publiciana in rem*, 6, 2. — (11) L. 13, § 1, D.

(1) L. 10, pr., D. — L. 67, §§ 1, 2, D., *Ad Snc. Trebell.*, 36, 1. — L. 96, D., *De soi.*, 46, 3. — (2) J., IV, 6, § 6. — (3) Voy. Résumé, t. 1, p. 36 et 37. — (4) L. 10, § 1, D.

Digitized by Google

tion suffisait-elle anciennement (5). *Quid* en droit français (6). Les actes par lesquels le débiteur a négligé de s'enrichir sont inattaquables (7). Application du principe aux fruits perçus par l'acquéreur depuis l'aliénation frauduleuse (8).

II. *Animus fraudandi.* C'est la connaissance que le débiteur avait du préjudice que l'acte causait à ses créanciers (9). — *a*) Actes à titre onéreux : la complicité du tiers est aussi requise (10). En matière de dot constituée par un insolvable, la complicité du mari est exigée; controverse pour celle de la femme (11). L'obligation du tiers naît ici *quasi ex delicto*. — *b*) Actes à titre gratuit : la complicité des tiers n'est pas exigée ; leur obligation naît ici *quasi ex contractu ;* ils s'enrichiraient sans juste cause au préjudice des créanciers, et l'action procède contre eux dans la limite de leur enrichissement (11 *bis*).

§ 3. — Quels actes peuvent être attaqués d'après ces principes?

1° Faits actifs (12). — 2° Omissions frauduleuses : non-usage, peremption, usucapion que le *defraudator* a laissé s'accomplir (13). — 3° Les paiements avant le terme ne sont nuls que pour l'escompte (14) (controverse), ils seraient nuls pour le tout s'ils avaient été faits après la *missio in possessionem* (14 *bis*). — 4° La constitution de gage ou d'hypothèque pour dette antérieure est révocable (15). — 5° Il faut que l'acte attaqué soit postérieur à la naissance du droit des créanciers qui le critiquent (15 *bis*).

§ 4. — L'action doit être intentée dans l'année utile qui suit la *venditio bonorum*.

Après ce délai elle n'est recevable que dans la limite de l'enrichissement du défendeur (16).

(5) L. 10, D., *Qui et a quib.*, 40, 9. — (6) Voy. art. 2225, 2092. — (7) L. 1 § 2, L. 3, § 1, L. 6, pr., § 1, D. — (8) L. 25, § 4, D. — Voy. cep. L. 10, §§ 19 et s. D.— L. 38, § 4, D., *De usuris*, 22, 1. — (9) L. 1, § 2, D.— J., I, 6 § 3. — L. 15, D. — L. 79, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (10) L. 5, L. 6, § 11, D. — (11) L. 25, § 1, D. — (11 *bis*) L. 6, § 11, D. — (12) LL. 1 à 5, D. — (13) L. 5, pr., D. — (14) L. 6, § 7, L. 10, § 12, § 16, D. — (14 *bis*) Mêmes textes. — (15) L. 10, § 13, L. 22, L. 6, § 6, D. — (15 *bis*) Arg. L. 27, D., *Qui et a quib.*, 40, 9. — (16) L. 1, L. 6, § 14, L. 10, § 18, D.

Digitized by Google

§ 5. — L'ACTION APPARTIENT AU *magister bonorum* OU MÊME S'IL Y A LIEU, A UN DES CRÉANCIERS (16 *bis*).

§ 6. — CONTRE QUI PEUT-ELLE ÊTRE DIRIGÉE ?

1° Exceptionnellement contre le *defraudator* lui-même, s'il a dissipé ses biens au préjudice de ses créanciers : l'action a alors un caractère pénal (contrainte par corps) (17). — 2° D'ordinaire elle sera intentée soit contre les complices de la fraude, possédant ou ayant cessé de posséder par leur dol les valeurs sorties du patrimoine du *defraudator*. — 3° Contre les acquéreurs à titre gratuit, de bonne foi, dans la mesure de leur enrichissement (18). — 4° *Quid* des sous-acquéreurs? Controverses (19). Le sous-acquéreur de bonne foi à titre onéreux n'est pas tenu. Le sous-acquéreur de mauvaise foi est tenu subsidiairement si le premier acquéreur était tenu et s'il est insolvable ; mais si le premier acquéreur n'était pas tenu, le sous-acquéreur n'est tenu selon nous qu'au cas où il a interposé frauduleusement le premier acquéreur pour mieux masquer la fraude. — 5° En cas d'acceptilation, le fidéjusseur de bonne foi est toujours libéré ; le débiteur même de bonne foi ne l'est jamais (20).

§ 7. — EFFETS DE L'*arbitrium* DU JUGE.

Il prescrit de remettre les choses en l'état où elles seraient si l'acte frauduleux n'avait pas eu lieu (21).

SOUS-SECTION II. — *De la fraude de l'affranchi mort sans enfants au préjudice du patron, son héritier légitimaire.* Actions Calvitienne et Favienne (21 *bis*).

SOUS-SECTION III. — *Autres actions prétoriennes* in factum *sanctionnant des obligations nées* ex delicto *ou* quasi ex delicto. — Exemples : action *de dolo, quod metus causa*, etc. (22).

(16 *bis*) L. 1, pr.. D. — (17) L. 25, § 7, D. — (18) L. 6, § 12, L. 10, pr., D.— (19) L. 9 ; arg. L. 14, D.— (20) L. 25, pr., D.—(21) L. 10, § 14, L. 14, L. 17, pr., D. — L. 38, § 4, D., *De usuris*, 22, 1. — L. 10, §§ 19, à 29, D. — Voy. cep. L. 25, §§ 4, 5, D., qui se rapporte à l'*interdit fraudatoire*. — (21 *bis*) D., *Si quis in fraudem patroni*, 38, 5. — C., *eod.*, 6, 5. — P., III, 3. — L. 1, pr., § 4, L. 3, §§ 2, 3, D., *eod.* — L. 2, C., *eod.* — (22) J., IV, 5, pr. — L. 6, D., *De extraord. cogn.*, 50, 13. — J., IV, 6, § 12. — G., IV, 47, etc.

Digitized by Google

TITRE VII

Des obligations naturelles

Notions générales. — Divers sens de *naturalis obligatio;* quelquefois cette expression signifie une obligation munie d'action, mais découlant du *jus gentium* et non pas seulement du *jus civile* (1) ; mais le plus souvent elle indique une obligation basée sur des raisons d'équité, non munie d'action, mais produisant pourtant certains effets. Le *maximum* des effets possibles d'une obligation naturelle est de pouvoir : 1° servir de base à un paiement qui ne pourra être répété comme indu ; — 2° être cautionnée (2), ou garantie par une hypothèque (3) ; — 3° être opposée en compensation (4) ; — 4° être novée (5) ; être l'objet d'un pacte de constitut (6). Mais *toute* obligation naturelle ne produit pas nécessairement *tous* ces effets.

DIVISION DES OBLIGATIONS NATURELLES

§ 1. — OBLIGATIONS CIVILES AYANT PERDU LEUR ACTION.

1° Mineur de vingt-cinq ans restitué *in integrum* (7). — 2° Créances du *fiduciaire* d'hérédité éteintes par confusion (8). — 3° Obligation éteinte par la *præscriptio longissimi temporis* (controverse) (9). — 4° Cas d'instance périmée (10). — 5° La chose jugée laisse-t-elle subsister une obligation naturelle ? Distinction. (Controverse). (10 *bis*). — 6° Cas du bénéfice de compétence (11).

(1) L. 126, § 2, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 15, pr., D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (2) L. 8, § 2, L. 7, D., *De fidej.*, 46, 1. — (3) L. 5, pr., D., *De pignor.*, 20, 1. — (4) L. 6, D., *De comp.*, 16. 2. — (5) L. 1, § 1, D., *De nov.*, 46, 2. — J., III, 29, § 3 — (6) L. 1, § 7, D., *De pec. const.*, 1 3, 5. — (7) L. 7, § 1, D., *De except.*, 44, 1. — L. 13, pr., D., *De minor.*, 4, 4. — (8) L. 44, pr., L. 59, pr., D., *Ad Snc. Trebell.*, 36, 1. — (9) Arg. L. 3, pr., cbn. avec L. 7, pr., C., *De præscript. trig.*, 7, 39. — L. 2, C., *De luitione*, 8, 31. — L. 30, § 1, D., *Ad. leg. Aq.*, 9, 2. — Voy. cep. L. 25, § 1, D., *Ratam rem*, 46, 8. — L. 8, § 1, D., *De pec. const.*, 13, 5. — (10) L. 30, § 1, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — L. 8, § 1, D., *Ratam rem*, 46, 8. — (10 *bis*) Aff. L. 60, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — L. 28, D., *eod.* — Nég. L. 13, D., *Quib. mod. pignus*, 20, 6. — (11) L. 9, D., *De cond. indeb.*, 12, 6.

Digitized by Google

§ 2. — Obligations qui naissent naturelles.

I. Vice de forme. — 1° Le simple pacte crée une obligation naturelle (controverse) (12). Mais il est difficile de concevoir une hypothèse où il ne naîtrait pas de l'accord des volontés une obligation civile, si ce n'est dans le cas du pacte d'intérêts. — 2° Stipulation *post mortem creditoris* ou *post mortem debitoris* (13). — 3° Stipulation faite par un pérégrin dans la forme *spondeo* (14).

II. Incapacité du débiteur. — 1° L'esclave ne s'oblige que naturellement par ses contrats (15). — 2° Le pupille sorti de l'*infantia* et non enrichi par le contrat (16). — 3° Le fils de famille qui a emprunté malgré le sénatusconsulte Macédonien (17).

III. Obligations entre les membres d'une même *domus* (18).

IV. Le simple *devoir moral* engendre-t-il des obligations naturelles (controverse) (19)? D'une part, l'exécution est un paiement, non une donation (20); d'un autre côté, la compensation n'est certainement pas opposable. Mais peut-on *constituer?* Cautionner? Oui, selon nous (21).

(12) Aff. L. 5, § 2, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 22, C., *De usuris*, 4, 32. — L. 84, § 1, D.. *De reg. jur.*, 50, 17. — L. 1, pr.. D., *De pecunia const.*, 13, 5, cbn. avec L. 1, pr., D., *De pactis*, 2, 14. — Nég. L. 1, § 2, D., *De V. O.*, 45, 1, cbn. avec U., 25. § 3. mais réfutée par Arg. L. 8, pr., D., *De acceptil.*, 46, 4. — V.. § 26b réfuté par L. 40, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (13) G., III, § 117. — (14) Arg. G., III, § 119. — (15) L. 14, D., *De O. et A.*, 44, 7. — J., III. 20, § 1. — L. 50, D., *De peculio*, 15, 1. — L. 19, D.. *Neg. gest.*, 3, 5 (compensation). — (16) J., III, 29, § 3. — L. 42, pr., D., *De jurejur.*, 12, 2. — L. 127, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 1, § 1, D., *De nov.*, 46, 2, — G., III, §§ 119, 176. — L. 3, § 4, D., *Neg gest.*, 3, 5. — Voy. cep. L. 59, D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 41, L. 12, § 1, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — Voy. Accarias, t. II, p. 776, note 1. — (17) L. 10, L. 7, § 10, L. 9, § 3, D., *Ad Snc. Macedo.*, 14, 6. — Comp. L. 40, pr., D., *De cond. indeb.*, 12, 6, etc. — (18) G., III, § 119. — J., III, 20, § 1. — Voy. L. 56, § 1, D., *De fidej.*, 46, 1. — L. 7, § 6, D., *De peculio*, 15, 1. — L. 64, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — L. 20, § 2, D., *De statulib.*, 40, 7. — (19) L 26, § 12, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (20) L, 5, § 15, D., *De don. inter*, 24, 1. — L. 20, § 1, D., *De donat.*, 39, 5. — (21) Arg. L. 26, § 12, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — P., IV, 3, § 4. — L. 2, C., *De fideicom.*, 6, 42. — L. 46, D.. *Ad leg. Falcid.*, 35, 2. — L. 20, § 1, D., *De donat.*, 39, 5. — L. 19, C., *Ad leg. Falcid.*, 6, 50. — L. 20, pr., D., *De donat.*, 39, 5. — L. 17, D., *De fidej.*, 46, 1.

Digitized by Google

§ 3. — Extinction des obligations naturelles.

Elles pourront toujours s'éteindre par un pacte, notamment le pacte de serment (22), et par les mêmes modes que les obligations civiles, sauf la prescription, la péremption d'instance, et généralement les modes d'extinction qui n'appartiennent pas au *jus gentium*.

TITRE VIII

Des actions qui sanctionnent les obligations nées ex contractu ou quasi ex contractu.
(D., *De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione*, 12, 1. — J., 1, 6, § 28).

Notions générales. — Actions de droit strict, actions de bonne foi. Cette division ne comprend que les actions naissant des contrats ou des quasi-contrats, et ayant une formule *in jus* (1). — Identité de l'action de droit strict et de la *condictio*. — Parfois les Romains appellent *condictio* toute action *in personam* (1 *bis*). Dans les actions de bonne foi, la formule contient l'expression *ex fide bona*, qui élargit les pouvoirs du juge et lui donne notamment la faculté de tenir compte de la compensation *ex eadem causa* (2). — Les actions nées des contrats ou quasi-contrats synallagmatiques au moins imparfaits, sont de bonne foi ; celles nées des contrats unilatéraux sont de droit strict.

(22) L 95, § 4, D., *De sol.*, 46, 3. — L.42, pr., D., *De jurejur.* 12,2.
(1) G., IV, §§ 47, 18, 45, 37. — L. 1, D. — L. 20, D., *De judiciis*, 5, 1. Voy. cep. L. 9, D. — (1 *bis*) Voy. G., IV, §§ 5, 18. — (2) Cic., *De officiis* III, 17. — G., IV, § 61.

Digitized by Google

CHAPITRE I

DES ACTIONS DE DROIT STRICT (CONDICTIONES)

§ 1. — ORIGINE DES *condictiones* (3).

Action de la loi *per condictionem*. — Loi Silia. — Loi Calpurnia. — *Condictio* sous le système formulaire (4).

§ 2. — SOURCES DES *condictiones*.

1° Contrats: *mutuum;* stipulation : *expensilatio*. (5) — 2° Quasi-contrats : *condictio ex testamento* (6) ; — *cond. sine causa* (7) ; — *cond. indebiti* (8) ; — *cond. ob turpem causam* (9) ; — *cond. causa data, causa non secuta* (10) ; — *cond. furtiva* (11); — *cond. ex lege* (12).

§ 3. — DIVISION DES *condictiones*.

Cond. certæ pecuniæ ; — de omni re certa ; — cond. incerti. Différences entre ces trois espèces de *condictiones* (13). — Parfois on appelle *cond. certi* la *cond. certæ pecuniæ*, les autres sont alors comprises sous l'expression générale de *condictio triticaria* (14). — Les romains donnent généralement à la *condictio incerti* le nom de la source d'où elle découle : *actio ex stipulatu, ex testamento*, etc. (15).

CHAPITRE II

DES ACTIONS DE BONNE FOI

§ 1. — SOURCES.

Elles naissent des contrats et des quasi-contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits. — Énumérations faites

(3) G., IV, §§ 18, 19. — (4) J., IV, 6, § 15. — (5) J., III, 14, pr. et 15 pr., 21, pr. — (6) G., II, § 204. — (7) D., 12, 7. — (8) D., 12, 6. — (9) D., 12, 5. — (10) D., 12, 4. — (11) D., 13, 1. — J., IV, 6, § 15. — (12) D., 13, 2. — C., *eod.*, 4, 9. — (13) G., IV, §§ 136, 54, 171, 131. — Cic. *Pro Roscio com.*, 4 et 5. — (14) L. 1, pr., D., *De cond. trit.*, 13, 3. — (15) J., III, 15, pr. — L. 4, pr., D., *De usuris*, 22, 1. — L. 8, § 6, D., *De liber. legata*, 34, 3.

Digitized by Google

par Cicéron (16), par Gaius (17) et par Justinien (18). — Pourquoi l'action *fiduciæ* était-elle de bonne foi (18 *bis*) ? — L'action *præscriptis verbis* était toujours de bonne foi (19). — Comment Justinien peut-il ranger parmi les actions de bonne foi la pétition d'hérédité qui est une action réelle (20) ? — Action *rei uxoriæ* (renvoi plus bas, p. 186).

CHAPITRE III

INTÉRÊTS PRATIQUES DE LA DISTINCTION ENTRE LES ACTIONS DE DROIT STRICT ET CELLES DE BONNE FOI.

La distinction est utile aux points de vue : 1° De l'exception de dol, qui est toujours sous-entendue dans la formule de l'action de bonne foi. — Il en est de même de toutes les exceptions fondées sur l'équité (21). — 2° De la *cautio de dolo* (22). — 3° De la théorie des fautes (22 *bis*). — 4° De l'indivisibilité (22 *ter*). — 5° Des *pacta adjecta* et des clauses d'usage (23). — 6° De la compensation (23 *bis*). — 7° De l'intérêt d'affection, dont on peut tenir compte dans les actions de bonne foi (24). — 8° De l'évaluation de la chose due (25). — 9° Du *jusjurandum in litem*, qui n'a pas lieu en principe dans les actions de droit strict (26). — 10° Des intérêts moratoires, qui ne sont jamais dus dans les actions de droit strict (27). — 11° De la condamnation

(16) *Top.*, 17. — *De natura Deor.*, III, 30. — *De officiis*, III, 15 et 17. — (17) G., IV, § 62. — (18) J., IV, 6, §§ 28 et 29. — (18 *bis*) Voy. P., II, 13, § 7. — L. 4, § 1, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — (19) L. 2, § 2, D., *De precario*, 43, 26. — (20) J., § 28. — Voy. L. 38, L. 44, L. 58, L. 39, § 1, L. 50, § 1, D., *De hered. pet.*, 5, 3. — (21) V., § 94. — L. 21, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — L. 14, § 1, D., *Communi div.*, 10, 3. — L. 7, § 6, D., *De pactis*, 2, 14, etc. — (22) L. 7, § 3, D., *De dolo malo*, 4, 3. — (22 *bis*) L. 91, pr., § 1, D., *De V. O.*, 45, 1. — Voy. plus haut, p. 114, notes 1 *bis* et 2. — (22 *ter*) Voy. plus haut, p. 141 et 143. — (23) L. 30, § 20, D., *De Æd. edict.*, 21, 1. — Voy. plus haut, p. 89, 2e *division*. — (23 *bis*) Voy. plus haut, p. 158, *A* et *B*. — (24) L. 71, D., *De evict.*, 21, 2. — L. 54, D., *Mandati*, 17, 1. — L. 7, D., *De servis export.*, 18, 7. — L. *Unica*, C., *Si servus extero*, 4. 36. — (25) L. 3, § 2, D., *Commodati*, 13, 6. — L. 22, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — L. 4, D., *De cond. trit.*, 13, 3. — (26) L. 5, pr., *De in lit. jur.*, 12, 3. — (27) L. 32, §§ 2, 4, D., *De usuris*, 22, 1. — L. 1, C., *De cond. indeb.*, 4, 5. — L. 24, D., *De præs. verbis*, 19, 5. — Voy. aussi L. 35, D., *De usuris*, 22, 1.

Digitized by Google

relativement aux fruits qui sont dus *ex mora* dans les actions de bonne foi, et *ex litis contestatione* seulement, en principe, dans les actions de droit strict (28).

Remarques. — La division précédente ne s'applique pas aux actions *in factum* (29). — Le créancier pouvait toujours, à la place de l'action de bonne foi, intenter la *condictio certi*, mais au risque d'encourir la *plus petitio* (30).

De l'effet de l'insertion de la *clausula doli* dans un contrat de droit strict (31).

CHAPITRE IV

DES ACTIONS IN BONUM ET ÆQUUM CONCEPTÆ (1).

1° Action *rei uxoriæ* (2). — 2° Action d'injure (3). — 3° Action *sepulchri violati* (4). — 4° Action de *effusis et dejectis*, dans le cas où un homme libre a été blessé (5).

Caractères distinctifs de ces actions. — 1° Le juge y jouit d'une latitude d'appréciation exceptionnelle ; son estimation est pour ainsi dire une affaire de sentiment. — 2° Elles sont attachées, non à la personne *juridique*, mais à la personne *physique* du créancier. — 3° Elles ont pour but de protéger un intérêt plutôt moral que pécuniaire, ou tout au moins un intérêt difficilement appréciable en argent (6).

Conséquences de ces caractères. — Ces actions ne s'éteignent pas par la *capitis diminutio ;* elles ne passent

(28) L. 31, pr., D., *De reb. cred.*, 12. 1.—L. 36, §§ 8, 15, D., *De usuris*, 22, 1. — P., III, 8, § 4, etc. — (29) Voy. G. IV, §§ 46 et 47. — (30) L. 9, pr., § 3, D., *De reb. cred.*, 12. 1. —L. 28, § 4, D., *De jurejur*, 12 ,2. — L. 5, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. — L. 52, D., *Mandati*, 17, 1. — Cic. *De oratore*, 1, 36. — G., IV, § 53. —(31) Voy. *Nouvelle Revue historique*, 1882.

(1) Cujas, obs. 22, 14. — Savigny, *Système*, t. II, §§ 71 à 73. — Gide., *Du caractère de la dot en droit romain*, *Nouvelle Revue historique*, 1872, p. 121. — (2) L. 8, D., *De cap. min.*, 4, 5. — (3) L., 11, § 1, L. 18, pr., D., *De injuriis*, 47, 10. — L. 34, pr., D., *De O. et A.*, 44, 7. — (4) L. 10, D., *De sepul. viol.*, 47, 12. — (5) L. 1, pr., L. 5, § 5, D., *De his qui eff.*, 9, 3. — (6) Même texte.

Digitized by Google

pas aux héritiers (7), à moins qu'il n'y ait eu *litiscontestatio* (8). — Par faveur pour la dot, il suffit que la femme ait mis son mari en demeure, pour que l'action *rei uxoriæ* passe à ses héritiers.

LIVRE IV

DE LA DOT, DES DONATIONS ET DE L'HYPOTHÈQUE

TITRE I

De la dot

(D., *De jure dotium*, 23, 3. — C., *De rei uxoriæ actione*, 5, 13).

Notions générales. Historique. — La dot est le bien que la femme apporte au mari pour subvenir aux charges du mariage. A l'origine le mari ne restituait jamais la dot *(dotis causa perpetua est)* (1), car laisser la dot au mari était le seul moyen de la faire parvenir aux enfants. A cette époque, la restitution de la dot ne pouvait être qu'une indemnité accordée à la femme injustement répudiée (2). Ce système était équitable. Puis, lorsque les divorces devinrent fréquents, l'usage s'introduisit de stipuler, par la *cautio rei uxoriæ,* la restitution à la femme du *quidquid æquius melius* (3). Plus tard, cette stipulation ne fut plus nécessaire ; en outre l'action *rei uxoriæ* fut appliquée au cas de la veuve qui n'avait rien reçu par le testament de son mari (4). Puis, par faveur, on donna l'action au père do-

(7) Voy. notes précédentes et L. 17, §§ 10 à 22, D., *De injuriis*, 47, 10. — L. 8, D., *De procurat* , 3, 3. — (8) L. 28, D., *De injuriis*, 47, 10.
(1) L. 1, D. — (2) Aulu-Gelle, IV, 3 et XVII, 21. — (3) Boëce sur Cicér. *Top*. XVII, 66. — (4) L. *unica* § 3, C., h. t.

Digitized by Google

tateur dans le cas où la femme était morte *in matrimonio* et sans enfants ; s'il y avait des enfants, le mari exerçait certaines rétentions (5).

Nature du droit de la femme sur la dot. Il est extrêmement vague. La femme n'est, à proprement parler, ni propriétaire ni créancière (6). Par l'action *rei uxoriæ*, elle demande la réparation d'un préjudice non pécuniaire. Conséquences. La femme seule peut intenter l'action, son *paterfamilias* ne le peut qu'avec son consentement (7). — Le juge jouissait à l'origine d'un pouvoir discrétionnaire pour décider ce qui devait être restitué à la femme (8). — Puis une loi (Mœnia?) fixa les portions de la dot que le mari pourrait retenir selon les cas. Dès lors, l'idée que la dot était restituable en principe prévalut, et on prit l'habitude d'en stipuler expressément la restitution à la dissolution du mariage (action *ex stipulatu*). Cette stipulation devint si fréquente que Justinien la sous-entendit dans tous les cas (9), tout en attribuant à l'action *ex stipulatu* qu'il accorde ainsi toujours à la femme, les caractères d'une action de bonne foi.

Différences entre l'action rei uxoriæ et l'action ex stipulatu (10). — 1° L'action *ex stipulatu* était de droit strict, l'action *r. ux.* de bonne foi, ou plutôt *in bonum et æquum concepta* (Voy. plus haut, p. 184). — 2° L'action *ex. st.* était transmissible aux héritiers. — 3° Elle pouvait appartenir à d'autres qu'à la femme. — 4° Elle ne comportait pas de rétentions, mais selon nous, la règle *impensæ necessariæ dotem ipso jure minuunt*, inutile dans l'action *rei uxoriæ* à cause des rétentions, s'appliquait à l'action *ex stipulatu* (11). — Énumération des rétentions (12). — 5° Le mari poursuivi par l'action *r. ux.* jouissait de certains délais (13). — 6° L'Édit *de alterutro*, qui obligeait la femme à opter entre les libéralités testamentaires de son mari et la restitution de la dot, ne s'appliquait qu'à l'ac-

(5) L. 6, D. — (6) L. 75, D. — L. 5, § 1, D., *De bonis damn.*, 48, 20. — (7) L. 42, pr., L. 66, § 2, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — (8) Aulu-Gelle, X. 23. — Boëce sur Cicer. *Top.*, 4. — Valère-Maxime, 8, 2, 3. — Pline, *Hist. nat.*, 14, 15. — (9) L. *un.* § 1, C. — J., IV, 6, § 29. — (10) L. *un.* C. — (11) Arg. L. 5, D,. *De dote prælegata*, 33, 4. — (12) U., VI, §§ 9 à 14. — (13) U., VI, § 8.

Digitized by Google

tion *rei uxoriæ* (14). — 7° Le mari ne jouissait-il du bénéfice de compétence que dans l'action *r. ux.* (15) ?

Fusion des deux actions par Justinien (16).

A) Emprunts faits à l'action *ex stip.* : — 1° transmissibilité aux héritiers ; — 2° abolition des rétentions, sauf pour impenses nécessaires (17) ; — 3° abrogation de l'Édit *de alterutro* (18).

B) Emprunts faits à l'action *r. ux.* : — 1° la nouvelle action est de bonne foi ; — 2° le mari jouit de certains délais ; — 3° et du bénéfice de compétence (19).

§ 1. — De la constitution de dot.

Distinction de la dot, qui entre dans le patrimoine du mari, et des biens *paraphernaux* qui restent propres à la femme (20).

Divers procédés employés pour constituer la dot (21).

1° *Datio dotis :* transfert ou création d'un droit réel, renonciation à une servitude personnelle ou réelle, acceptilation ; le tout au profit du mari (22). — 2° *Dictio dotis* (23). 3° *Promissio dotis :* obligation contractée par stipulation, délégation, ou mandat *in rem suam*, au profit du mari. Plus tard le pacte de dot est sanctionné par la *condictio ex lege* (24).

La dot peut être constituée avant ou pendant le mariage. *Quid*, si le mariage projeté vient à manquer ? — *a*) *Datio dotis ;* la propriété est transférée au futur mari, sauf dans le cas où l'on a inséré une condition suspensive expresse *(si nuptiæ sequantur) ;* le dotateur en réclame la restitution par une *condictio sine causa.* — *b*) *Promissio dotis.* La promesse est toujours subordonnée tacitement à la condition suspensive de l'accomplissement du mariage (25).

(14) L. *un.* C., — (15) *Aff.* L. *un.* C. — *Neg.* L. 20, L. 52, D., *De re judic.* 42, 1. — (16) J., IV, 6, § 29. — L. *un.* C. — (17) J., IV, 6, § 37. — L. *un.* § 5, C. — (18) L. *un.* § 3, C. — (19) C. *eod.* — J., IV, 6, § 29. — (20) L. 9, § 3, D. — L. 31, § 1, D., *De donat.*, 39, 5. — (21) U., VI, § 1. — (22) L. 10, D., *De cond. causa data*, 12, 4. — (23) V., § 99. — (24) L. 6, C., *De dotis promissione*, 5, 11. — (25) L. 7, § 3, L. 8, D. — L. 4, § 2, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 21, D.

Digitized by Google

La dot est dite : 1° *profective,* quand elle est constituée par la femme ou par un tiers ; — *receptice* lorsque la restitution en est stipulée. Sous Justinien la dot est toujours receptice.

§ 2. — De l'inalienabilité du fonds dotal (26).

D'après Justinien, la loi *Julia* défendait au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, et de l'hypothéquer même avec ce consentement ; mais cette dernière disposition résulte plutôt du Snc. Velléien. Discussion. Intérêt de la question : le mari pourra, avec le consentement de la femme, hypothéquer l'immeuble pour sûreté d'une dette contractée par la femme. — L'inaliénabilité dotale dure du jour de la constitution de la dot, jusqu'au jour de sa restitution ; elle empêche les tiers d'acquérir aucun droit réel sur l'immeuble dotal, de quelque façon que ce soit. Conséquence : imprescriptibilité (27 et 28).

Exceptions au principe de l'inaliénabilité (29). Sanction de l'inaliénabilité. Nullité de l'aliénation. Qui peut l'invoquer, et à quelle époque (controverse) ? Le mari peut-il revendiquer *constante matrimonio* (controverse) ? La femme peut revendiquer, à l'époque où la dot est restituable, *quasi ex jure cesso,* et si le mari néglige de le faire (30).

Réformes de Justinien. — 1° La loi Julia est étendue à tout l'empire. — 2° Le mari ne peut aliéner, même avec le consentement de la femme. Mais la femme ne peut, selon nous, revendiquer ses meubles que s'ils n'ont pas été aliénés par le mari (31). — De l'exception *dotis cautæ, sed non numeratæ* (32).

§ 3. — De la restitution de la dot.

1° Choses fongibles. Le mari rend une quantité égale (33).

(26) J., II, 8, pr. — P., I, 21b, § 2. — L. 21, D., *De manumis.*, 40, 1. — L. 7, C., *De servo pign. dato,* 7, 8. — G., II, § 63. — L. 4, D., *De fundo dotali,* 23, 5. — (27 et 28) L. 18, § 1, D., *De V. sign.*, 50, 16. — L. 16, L. 5, L. 6, D., *De fundo dotali,* 23, 5. — (29) L. 1, D., *eod.* — L. 2, C., *eod.*, 5, 23. — *Sic* art. 1555, 1556, 1558, 1559. — (30) L. 77, § 5, D., *De legatis 2°,* 31. — L. 3, § 1, D., *De fundo dotali,* 23, 5. — (31) L. 30, C., *De jure dotium*, 5, 12, *verbis* : « *si tamen extant* ». — Maynz, III, § 496, note 42. — Accarias, I, p. 744. — (32) Voy. *supra,* p. 88, note 27. — (33) L. 42, D.

Digitized by Google

— 2° Corps certains : *a*) Constitués avec estimation : l'estimation vaut vente sous la condition *si nuptiæ sequantur* (34) et le mari doit restituer l'estimation. — *b*) Sans estimation : le mari est débiteur d'un corps certain (35). Différences entre les deux cas : 1° quant aux risques (36) ; 2° quant à la garantie (37) ; 3° quant à l'usucapion (38) ; 4° quant aux fruits et autres produits (39) ; même en cas de non estimation, le mari fait les fruits siens par la séparation ; pour la première et la dernière année, il n'a droit aux fruits qu'en proportion de la partie de l'année pendant laquelle le mariage a subsisté (40) ; — 5° quant aux droits de disposition du mari sur les biens dotaux (41).

En principe, la dot n'est restituable qu'après la dissolution du mariage. Exceptions (42).

A qui la dot doit-elle être restituée sous Justinien (43) ? — 1° Les conventions spéciales sont observées. — 2° A défaut de conventions, il faut distinguer : — *a*) Dissolution du vivant de la femme : la dot est restituée à la femme *sui juris* ou à ses héritiers, ou bien au *paterfamilias* assisté de sa fille si la femme est *filiafamilias*. — *b*) Dissolution par la mort de la femme : la dot est restituée au *pat. fam.* si c'est lui qui l'a constituée, autrement aux héritiers de la femme.

Garanties de la restitution de la dot. — *a*) Époque classique : *privilegium inter personales actiones* (44). — *b*) Époque de Justinien (45). 1° Hypothèque tacite privilégiée sur les biens dotaux même estimés. 2° Action *in rem* sur toutes les choses dotales, mais à la condition, s'il s'agit de biens estimés, qu'ils se trouvent dans le patrimoine du mari lors de la dissolution du mariage. Ni l'une ni l'autre de ces deux actions n'entraîne le droit de suite, selon nous, en ce qui concerne les meubles. Intérêt. — 3° Hypothèque

(34) L. 69, § 7, D. — Comp. C. civ., art. 1564. — (35) L. 10, § 4, D. — (36) L. 10, pr., § 1, D. — V., § 101. — L. 17, pr. D. — (37) L. 1, C., *De jure dotium*, 5, 12. — (38) Voy. *Résumé*, t. I, p. 100, note 59. — (39) P., II, 22, § 1. — L. 10, §, 2,3. — L. 39, L. 65, L. 69, § 9. D. — L. unica, § 9, C. — (40) L. 7, pr., § 1, 2, 3, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — *Sic* art. 1571. — (41) Voy. plus haut § 2. — (42) L. 20, L. 24, L. 73, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — L. 1, C., *Si dos constante mat.*, 5, 19. — N., 22, cap. 39. — (43) L. un. C., § 4 à 14. — Voy. Maynz, t. III, § 396, notes 5 à 11. — (44) L. 75, D. — (45) L. 30, C., *De jure dotium*, 5, 12.

Digitized by Google

tacite générale sur les biens du mari (46). — 4° Enfin cette dernière hypothèque fut déclarée privilégiée (47).

§ 4. — Des biens paraphernaux.

Loi Quintus Mucius (48).

TITRE II

Des donations

(J., II, 7. — D., *De donationibus*, 39, 5. — C., *eod.*, 8, 54. P., V, 11. — V., §§ 248-316.)

Notions générales. La donation est un acte par lequel le donateur s'appauvrit dans un but de libéralité, au profit du donataire qui s'enrichit. — Trois conditions : 1° Diminution ou refus d'augmentation de son patrimoine, par le donateur (1). — 2° But de libéralité (2). — 3° Enrichissement du donataire (3). — Une convention n'est pas exigée (4).

Division des donations : 1° *Donations entre-vifs.* — 2° *Donations à cause de mort.* — 3° *Donations entre époux.*

CHAPITRE I

DES DONATIONS ENTRE VIFS

§ 1. — *Notions générales.* Les donations entre-vifs sont toutes celles qui ne sont pas faites sous la condition de survie du donataire au donateur. — Résultats qu'une do-

(46) L. *un.*, § 15, C. — (47) L 12, § 1, C., *Qui potiores in pign.*, 8, 18. — (48) L. 31, D., *De donat. inter.*, 24, 1.

(1) L. 14, § 3, D., *De fundo dotali*, 23, 5. — L. 5, §§ 13 et 14, D., *De don. inter*, 24. 1 — (2) L. 29, pr., L. 19, L. 20, § 1, D. — L. 5, § 15, D., *De don. inter*, 24, 1. — L. 1, D., *De transact.*, 2, 15. — L. 65, § 1, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — (3) L. 18, § 1, D. — (4) L. 14 D. — LL. 5, 6, 44, D., *De don. inter.*, 24, 1.

Digitized by Google

nation peut produire : créer, transférer, éteindre un droit réel ; créer, transférer un droit de créance. Pour opérer la donation, il fallait faire les actes spéciaux propres à produire ces résultats. La donation n'est que la *justa causa* qui motive ces actes. Sous Justinien, la simple convention *(pacte légitime)* suffit pour obtenir ces résultats, sauf créer ou transférer un droit réel (5). Donc, en dehors de ce cas, la donation, considérée comme *justa causa*, se confond sous Justinien avec l'acte qui l'opère. — Avant cet empereur, la cession de créance à titre gratuit, effectuée par *procuratio in rem suam* ne devenait irrévocable et ne profitait aux héritiers du cessionnaire qu'après la *litis contestatio* faite avec le cédé (6).

§ 2. — *Limitations apportées à la faculté de faire des donations entre vifs.*

A) Loi Cencia (549 ou 550 *ab U. C.*) (7). — Le premier chapitre de cette loi défendait de rien recevoir *ad causam orandam.* — Le second chapitre défendait de faire des donations dépassant un certain taux. Personnes exceptées (8). Cette loi, sans annuler la donation, dispense le donateur de l'exécuter, et lui permet même de revenir sur l'exécution déjà faite, toutes les fois qu'il peut y arriver par des moyens de droit commun, sans intenter l'action basée sur la loi Cencia. Cette singularité s'explique par le motif que la loi exige, pour la validité de la donation, le dessaisissement irrévocable du donateur. Procédés employés par le donateur, qui ne s'est pas encore complètement dessaisi, et qui invoque la loi Cencia (9). Obligation contractée et non acquittée : exception *legis Cenciæ* ; s'il a payé par erreur, *condictio indebiti ;* — cession de créance : faite par mandat, le donateur peut révoquer tant que le cessionnaire n'a pas fait *litis contestatio* avec le cédé (9 *bis*) ; faite par

(5) C. Th. *De donat.*, 8, 12. — V., §§ 249, 268, 297, 314. — P., IV, 1, § 11. — J., § 2. — L. 35, § 5, C. — J., pr. — J., II, 1, § 40. — (6) V., § 263. — L. 31, C. — (7) V., §§ 266-316. — U., § 1. — L. 21, § 1, D. — L. 5, § 5, D., *De except. doli*, 44, 4. — L. 1, § 1, D., *Quib. modis pign.*, 20, 6. — (8) V. §§ 298-306. — (9) V., §§ 266, 293, 311. — G., IV, § 151 — L. 21, § 1, D. — L 5, § 5, D., *De doli mali except.*, 44, 4. — L. 2, § 2, D. — L. 2, C., *De accept.*, 8, 44. — L. 1, § 1, D., *Quib mod. pign.*, 20, 6. — (9 *bis*) Voy. plus haut, note 6.

Digitized by Google

novation, controverses (9 *ter*) ; — remise de dette : si elle a été faite par acceptilation, pas de ressource ; si par un pacte de *non petendo*, le donateur, qui a conservé *ipso jure* son action, brisera l'exception de pacte par la réplique *legis Cenciæ ;* - propriété transférée par mancipation ou cession *in jure :* si le donateur n'a pas encore livré, il opposera à la revendication l'exception *legis Cenciæ ;* s'il a simplement fait tradition d'une chose *mancipi*, il revendiquera et brisera, par la réplique *legis Cenciæ*, l'exception *rei donatæ et traditæ ;* en matière mobilière, si la chose *mancipi* a été mancipée et livrée, ou si la chose *nec mancipi* a été livrée, le donateur a encore la ressource de l'interdit *utrubi*, dans le cas où il a possédé le meuble plus longtemps que le donataire dans l'année qui précède l'interdit.

Dans les cas ou le donateur pouvait invoquer la loi Cencia, la donation était annulée pour le tout, et non pour ce qui dépassait le taux fixé (controverse) (10). — La loi Cencia pouvait être invoquée par le donateur, ses ayants cause *à titre particulier*, et ses cautions. Elle pouvait même être invoquée par ses héritiers. à moins que le donateur n'eût persévéré jusqu'à sa mort dans l'intention de donner *(morte Cencia removetur)* (11).

B) Insinuation. C'est la transcription de la donation, intégrale ou par extrait? sur les registres publics (12). Cette formalité usitée ne paraît pas avoir été prescrite tout d'abord à peine de nullité. Constantin exigea un écrit et la tradition devant trois témoins (13), mais ces prescriptions furent abrogées par Théodose II et par Zénon (14). — Justinien exigea l'insinuation des donations supérieures à 500 *solides* (15), à peine de nullité radicale de la donation pour tout ce qui dépasse ce taux (16). Cette nullité peut être invoquée par tout intéressé. — Donations dispensées

(9 *ter*) Voy. en sens divers : Accarias, t. I, p. 710 ; Maynz, t. II, p. 369. — (10) L. 5, §§ 2, 5, D., *De doli mali*, 44, 4. — L. 21, § 2, D. — (11). V., §§ 226, 259.— (12) V., §§ 266, 268. — L. 1, C. Th. *De sponsal.*, 3, 5. —L. 3, C. Th. *De donat.*, 8, 12. — (13) V. § 249. — (14) L. 29, L. 31, C. —(15) L. 36, C. — (16) L. 36, L. 34, § 2, C.

Digitized by Google

de l'insinuation (17). — But de l'insinuation : garantir, par la publicité, la liberté du donateur et les intérêts de la famille. — De l'insinuation dans notre ancien droit (18). L'ordonnance de 1731, art. 27, permettait à tout intéressé, y compris les héritiers du donateur, mais à l'exception du donateur lui-même, d'exciper du défaut d'insinuation. — La loi du 11 brumaire an VII, au contraire, refuse ce droit aux héritiers du donateur. — *Quid* sous le Code civil (19) ?

C) Autres restrictions à la liberté de donner ; donations inofficieuses (Voyez *Résumé,* t. I, p. 165 et s.).

§ 3. Effets de la donation perfecta.

Acquisition d'un droit réel, d'un droit de créance ; libération, etc. — Cependant la situation du donateur est préférable à celle d'un aliénateur à titre onéreux : 1° Il ne doit pas garantie, à moins d'une clause expresse (19 *bis*). — *Quid* si la donation a été faite *promittendo* et que le donataire ait été évincé de l'objet payé ? Controverses (20). — 2° Les intérêts ne sont dus par le donateur qu'à partir de la *litiscontestatio* (21). — 2° Bénéfice de compétence (22).

§ 4. — De la révocation des donations.

1° Donations faites par un patron à son affranchi ; révocation *ad nutum* (22 *bis*). Plus tard, cette révocation fut restreinte aux cas d'ingratitude et de survenance d'enfant (23). — 2° Révocation pour ingratitude ; elle n'a point d'effet vis-à-vis des tiers (24).

§ 5. — De quelques donations en particulier.

1° Donations *sub modo* (25). Si le *modus* n'est pas exécuté le donateur a la *condictio causa data, causa non secuta* et l'action *præscriptis verbis* (actions personnelles (26) ; si

(17) L. 31, C., *De jure dot.*, 5, 12. — L. 34, pr., L. 36, pr., § 2, C. — (18) *Ord.* 1539, art. 132. — *Ord. de Moulins*, 1566, art. 58. — *Ord. sur les donations*, 1731, art. 19 et s. — C. civ. art. 939. — (19) Art. 941. — (19 *bis*) L. 61, D., *De Ædilitio edicto*, 21, 1. — P. V, 11, § 5. — L. 18, § 3, D. — L. 2, C., *De evict.*, 8, 45. — (20) Arg. L. 1, C., *De jure dot.*, 5, 12. — Arg. L. 45, §§ 1, 2, L. 46, D., *De legat.* 1°, 30. — (21) L. 22, D. — (22) L. 12, L. 33, D. — L. 19, § 1, D., *De re judic.*, 42, 1. — (22 *bis*) V., § 272. — (23) L. 1, C., *De rev. don.*, 8, 56. — L. 8, *Si unquam*, C., *eod.* — C. civ., art. 960. — (24) L. 31, § 1, D. — L. 10, C., *De revoc. don.*, 8, 56. — Art. 957, 958, C. civ. — (25) C., *De don. quæ sub modo*, 8, 55. — (26) L. 2, L. 8, C., *De cond. ob. rem*, 4, 6. — L. 28, D. — L. 22. C.

Digitized by Google

la donation a été faite à charge d'aliments, il a même une action réelle (27). — Action utile du tiers au profit duquel le *modus* a été établi, contre le donataire (28).

2° Donation d'une universalité de biens (29).

3° Donation par un *pat. fam.* à un enfant soumis à sa puissance. — 1° Droit classique; cette donation produit effet si l'enfant est émancipé, et en cas de confirmation testamentaire (30). — 2° Droit impérial. Le silence du père jusqu'à sa mort suffit à confirmer la donation (31). — 3° Droit de Justinien : l'insinuation ou la confirmation testamentaire est exigée pour ce qui dépasse 500 *solides* (32).

4° Donations rémunératoires. Elles sont affranchies de l'application de la loi Cincia, de l'insinuation et des causes de révocation (33) (controverse).

CHAPITRE II

DES DONATIONS A CAUSE DE MORT. (D., *De mortis causa donationibus*, 39, 6. — C., *eod.*, 8, 57. — J., II, 7, § 1. — P., III, 7).

§ 1. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Différents sens de cette expression (1). Le caractère dominant de la donation à cause de mort, c'est qu'elle est faite sous la condition de survie du donataire au donateur, mais la condition peut être soit suspensive, soit extinctive, c'est-à-dire que, dans ce dernier cas, les effets de la donation doivent cesser si le donataire ne survit pas au donateur (2). — La révocabilité *ad nutum* est de la nature, mais non de l'essence de la *don. m. c.* (3). — La donation

(27) L. 1, C., *De don. quæ sub modo*, 8, 55, généralisée par art. 954, C. civ. — (28) L. 3, C., *eod.* — Art. 1121, C. civ. — (29) V., §§ 263, 260. — L. 25, D. — (30) L. 31, § 2, D. — V., §§ 294, 296. — (31) L. 2, C., *De inoff. donat.*, 3, 29. — V., §§ 274, 281. — (32) L. 25, C., *De don. inter.*, 5, 16. — (33) L. 27, D. — P., V, 11, § 6. — L. 34, § 1, D. — Savigny, *Système*, IV, § 153.

(1) L. 13, § 1, L. 35, § 4, L. 27, D. — (2) L. 2, L. 29, D. — L. 15, D., *De manumis.*, 40, 1. — (3) L. 27, L. 35, § 2, L. 42, § 1, D.

Digitized by Google

subordonnée à la mort d'un tiers n'est pas une véritable donation à cause de mort (4). — La donation à cause de mort se réalise en principe par les mêmes procédés que la donation entre-vifs. La simple *convention* de donner à cause de mort suffit-elle sous Justinien pour créer une obligation? Controverse (5). — La donation à cause de mort transférait-elle la propriété sans tradition? Controverse (6).

§ 2. — Formalités de la donation a cause de mort.

Sous Justinien, il fallait cinq témoins, ou bien (controverse) l'insinuation (7).

§ 3. — Effets de la donation a cause de mort.

A) Sous condition suspensive : la propriété n'était transmise qu'au jour de la mort du donateur (8). — *B)* Sous condition résolutoire. D'après le système généralement enseigné en France, il y a eu sur ce point deux théories en droit romain : 1° Théorie ancienne : la propriété ne revient pas de plein droit au donateur qui a seulement une action personnelle, la *condictio sine causa* (9) ou l'action *præscriptis verbis* (10). — 2° Théorie dite d'Ulpien. Le donateur a la revendication (11) ; cette solution l'emporte sous Justinien (12). — Dans un système récent (12 *bis*) on soutient qu'après la condition accomplie, le donateur a toujours pu intenter la Publicienne, basée sur ce qu'il a *jadis* acquis avec juste titre et bonne foi la chose par lui donnée, et briser par une réplique tirée de la caducité de la donation, l'exception *justi dominii* ou *rei donatæ et traditæ* qui lui serait opposée. Il aurait le même droit vis-à-vis des ayants-cause du donateur (12 *ter*). Le *potest defendi* d'Ulpien (L. 29, D., h. t.) s'expliquerait parce qu'il peut y avoir doute sur la question de savoir si le donateur a donné *sous condition résolutoire*, ou si au contraire il a donné

(4) L. 18, pr., L. 11, D. — L. 3, C. — Savigny, IV, § 170. — (5) L. 35, C., *De donat.*, 8, 54. — Arg. N. 162, cap. 1. — (6) L. 2, D., *De publ. in rem*, 6. 2. — (7) L. 4, C. — (8) L. 2, L. 29, D. — Arg. L. 15, D., *De manumis.*, 40, 1. — (9) L. 35. § 3, L. 42, pr., D. — (10) L. 18, § 1. L. 35. § 3, D. — (11) L. 29, D. — (12) L. 2, C., *De don. quæ sub. modo*, 8, 55, comparée à V., § 283. — (12 *bis*) Schulin, *Resolutivbedingung und Endtermine*, Marburg, 1875. — (12 *ter*) Arg. L. 4, § 32, D., *De doli mali except.*, 44, 4.

Digitized by Google

à charge de restitution, auquel cas il ne pourrait exercer d'action réelle. *Quid* si la donation a pour objet l'extinction d'un droit réel, la création, la translation ou l'extinction d'une obligation (13) ?

§ 5. — DIFFÉRENCES ENTRE LES DONATIONS A CAUSE DE MORT ET LES DONATIONS ENTRE VIFS.

Ressemblances et différences entre les donations à cause de mort et les legs (14).

CHAPITRE III

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX (D., *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1. — C., *eod.*, 5, 16. — U., VII).

§ 1. — ÉPOQUE ANTÉRIEURE A L'*Oratio Antonini*.

Ces donations furent interdites par la coutume (1). A quelle époque? D'après les uns depuis la loi Cincia ; selon nous dès qu'il y eut des mariages sans *manus* (2). — Motifs de cette prohibition : défaut de liberté chez le donateur (3). — Les donations sont aussi prohibées entre l'un des époux et les personnes soumises à la puissance de l'autre, ou la personne à la puissance de qui l'autre époux est soumis (4).

Exceptions : sont permises les donations faites : — 1° *Exsilii causa:* motif d'humanité (5). — 2° *Divortii causa;* le défaut de liberté n'est plus à craindre (6). — 3° Les donations *mortis causa* sous condition suspensive, parce qu'elles ne deviennent efficaces qu'au décès du donateur et par conséquent à la dissolution du mariage. Mais si, comme il arrive le plus souvent, le donateur a eu l'intention d'attacher un effet rétroactif à la condition accomplie, l'époux donataire sera censé avoir été propriétaire du jour de la tradition conditionnelle qui lui a été faite, s'il

(13) L. 34, L. 18, § 1, L. 24, D. — (14) J., II, 7, § 1, 2e alinéa *in fine*. — L. 4, C.

(1) L. 1, D. — (2) V., § 302. — Plutarque, *Quæst. rom.*, 7 — (3) L. 1, D. — L. 2, C. — (4) L. 3, §§ 1, 4 et s. — L. 27, L. 32, § 28, D. — (5) L. 43, D. — (6) L. 11, §§ 11, 12, 13, D. — U., VII, § 1.

Digitized by Google

survit au donateur (7). Quant aux donations sous condition extinctive, elles n'étaient pas possibles entre époux, puisque la base essentielle de ces donations est un transfert *immédiat* de propriété, et que ce transfert *donationis causa* est absolument nul entre époux (8). Dans le système généralement enseigné, on soutient que la rétroactivité n'a lieu que lorsque la donation entre époux a été faite sous condition extinctive (8 *bis*) (qu'on appelle improprement résolutoire) ; cela mène à admettre qu'en règle générale il n'y avait point de rétroactivité dans les transferts de propriété conditionnels, ce qui ne nous paraît pas exact (8 *ter*). — 4° Donations qui n'appauvrissent pas le donateur, ou sont censées telles ; applications (9). — 5° Donations qui sont censées ne pas enrichir le donataire, applications (10).

Nullité radicale des donations entre époux ; conséquences (11). Cependant le donataire garde les fruits et ne rend jamais que son enrichissement (12).

§ 2. — Oratio Antonini (206 ap. J.-C.).

Ce sénatus-consulte valide les donations entre époux si le donateur meurt *constante matrimonio* et *durante voluntate* (13). — Différences entre les donations entre époux qui restent nulles, mais qui sont confirmables, et les donations à cause de mort sous condition extinctive, qui sont valables, mais révocables (14). Les donations faites *promittendo* et non encore exécutées sont-elles validées par le Snc ? Controverses (15). — La donation validée dans les conditions du Snc. a le même effet que si elle avait été confirmée par testament. En conséquence, on lui applique la loi Falcidie et les lois caducaires, comme aux dispositions testamentaires (16). En cela elle ressemble aux donations à cause de mort. Justinien la soumet à toutes les

(7) L. 9, § 2, L. 10, L. 11, pr., § 1, 2, 9, L. 20, D. — L. 40, D., *De mortis causa don.*, 39, 6. — (8) L. 11, pr., D. — (8 *bis*) Voy. *contra* L. 40, D., *De don. m. c.*, 39, 6. — (8 *ter*) Rectifiez en ce sens ce qui a été dit, *Résumé* t. I, p. 174 texte et note 4. — (9) L. 5, §§ 13, 14, LL, 18 à 26, D. — L. 3, D., *Pro donato*, 41, 6. — (10) L. 3, §§ 9 à 12, L. 7, § 9 à 14, L. 40, L. 42, D. — (11) L. 3, § 10, L. 48, D. — (12) L. 15, § 1, L. 17, pr., L. 5, § 18. — L. 7, pr., D. — (13) L. 32, pr., §§ 2, 10, D. — (14) L. 32, § 13, LL. 33 à 37, L. 55, D. — (15) L. 32, § 2, L. 23, L. 33, pr., § 2, L. 35, C., *De donat.*, 8, 54. — N. 162, cap. 1. — (16) L. 32, § 1, D. — V., § 294.

Digitized by Google

règles des donations entre vifs, sauf dans le cas où elle dépasse 500 solides et n'a pas été insinuée (16 *bis*).

CHAPITRE IV

DES DONATIONS PROPTER NUPTIAS. (J., II, 7, § 3. — C., *De donationibus ante nuptias*, 5, 3).

1° Droit ancien. Donation *ante nuptias*, faite entre fiancés et révocable dans deux cas sous Constantin (1).

2° Droit nouveau (Théodose). — Cette donation fournit à la femme la contre-partie des avantages que le mari obtient par la dot (contre-dot) (2). Toujours faite au profit de la femme, avant ou pendant le mariage (d'où le nom de donation PROPTER *nuptias*)(3) elle est égale à la dot, résulte de la constitution même de dot ; la femme la garde en tout ou partie dans les cas inverses de ceux où le mari aurait gardé la dot ; la femme survivante n'en a que l'usufruit s'il y a des enfants (4). — Hypothèque légale de la femme pour garantir cette donation ; les immeubles qui en forment l'objet sont inaliénables (5). — Cette institution est l'origine de notre ancien *augment de dot ;* mêmes règles. — *Contre-augment* de dot, gain nuptial du mari survivant sur la dot (6).

APPENDICE A LA DOT ET AUX DONATIONS

De la collatio dotis. — Du rapport dans le droit de Justinien. (D., *De dotis collatione*, 37, 7. — C., *De collationibus*, 6, 20) (1).

(16 *bis*) N. 162, cap. 1.

(1) V., § 262. — L. 15, L. 16, C. — (2) L. 20, C. — (3) J., § 3. — (4) N. 97, c. 1 et 2. — LL. 17 à 20. C. — L. 8, § 5, C., *De repud.*, 5, 17. — (5) L. 29, C., *De jure dot.*, 5, 12. — N. 61, c. 1. — N. 22, c. 1. — (6) Voy. Merlin, *Répertoire*, V° *Augment.. . Contre-Augment.* — Consultez surtout : Esmein, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, *Nouvelle Revue historique*, 1884, p. 1 et s.

(1) Voy. plus haut, p. 14, *b* et p. 19.

Digitized by Google

Rappel des principes de la *collatio bonorum* des émancipés (2). Disparition de cette *collatio*.

§ 1. — De la *collatio dotis*.

Le Préteur impose à la *filia familias*, venant à la succession de son père en qualité de *sua heres*, l'obligation de rapporter la dot profectice ou adventice mais non la dot receptice (3) qu'elle a reçue ; cette obligation a pour but d'établir l'égalité entre tous les enfants. La femme en effet a un certain droit sur la dot, tant à l'égard de son mari qu'à l'égard de son père qui ne peut réclamer la dot qu'avec l'assentiment de sa fille, (Voy. plus haut p. 186). Le *pat. fam.* à qui la dot est restituée doit la conserver pour remarier sa fille. De là résulte que la fille, quoique *filiafamilias*, peut acquérir des biens sortant du patrimoine du père, ce qui crée une inégalité. Les règles de la *collatio bonorum* sont en principe applicables à la *collatio dotis*. Elle s'opère comme cette dernière au moyen d'une promesse faite aux cohéritiers, et par laquelle la femme s'engage à mettre sa dot dans le partage (4). Elle peut aussi se faire en moins prenant (5). — La *collatio* de la dot adventice disparaît comme la *collatio* des émancipés, la *collatio dotis profectitiæ* généralisée devient la *collatio descendentium*.

§ 2. — Collatio descendentium.

D'abord Gordien décida que les émancipés pourraient, comme les *sui* profiter de la *collatio dotis* (6) ; puis Léon décida que *tout descendant*, venant à la succession *ab intestat* d'un ascendant, doit rapporter la dot ou la donation *ante nuptias* qu'il en a reçue (7). Enfin Justinien assujettit a rapport dans la succession *ab intestat* les libéralités faites à un descendant et imputables sur la légitime (8), excepté les dispositions faites à cause de mort (9), et les *donationes simplices*, c'est-à-dire celles qui ne sont pas faites pour l'établissement du descendant. Cependant, le donataire *simple* lui-même rapporte, s'il exige le rapport

(2) Voy. plus haut, p. 13, *a*. — (3) L. 1, § 1, D. — (4) L. 1, § 9 D., *De collationibus*, 37, 6. — (5) L. 5, C. — (6) L. 4, C. — (7) L. 17, C. — (8) Voy. *Résumé*, t. I, p. 163 texte et note 7. — (9) *Secus*, mais à tort, art. 843 C. civ.

Digitized by Google

de son cohéritier (10); le *de cujus* peut d'ailleurs déclarer rapportables les donations qui ne le seraient point et réciproquement. Le donataire se soustrait au rapport en renonçant à la succession, mais il peut conserver la libéraralité jusqu'à concurrence de la légitime et de la quotité disponible cumulées (11).

§ 3. — Législation des Novelles.

La *collatio* est exigée, même si le *de cujus* est mort testat, à moins de dispense expresse (12).

Comparaison entre la *collatio bonorum* et la *collatio descendentium*, quant aux personnes qui y sont soumises, aux choses sujettes à rapport, et au but de ces deux institutions.

Comparaison de la *col. des.* et du rapport en droit français. — Tout héritier, et non pas seulement tout descencendant, doit le rapport en droit français. — Dans notre droit le rapport résout la propriété du donataire (13). *Secus* en droit romain. Malgré cette différence, le Code civil admet la validité des *aliénations de propriété* consenties par le donataire (14) et ne laisse pas les biens rapportés devenir le gage des créanciers de la succession, *en tant que créanciers* de la *succession* (15).

TITRE III

Des droits accessoires qui garantissent l'exécution des obligations.

Notions générales. — Le créancier est exposé au danger de voir son débiteur aliéner ses biens ou contracter d'autres dettes. Pour remédier à ces inconvénients, le créancier peut être muni de certains droits accessoires : 1° De droits *réels accessoires*. — 2° De *priviléges*. — 3° Du droit d'*antichrèse* ou du droit de retention.

(10) L. 20, C. — (11) Voy. *Résumé*, t. I, p. 166, n. 11. — (12) N. 18, c. 6. — (13) Art. 865. — (14) Art. 860. — (15) Art. 857.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

DES DROITS RÉELS ACCESSOIRES

Les droits réels accessoires accordés au créancier lui permettent de saisir le bien, objet de ce droit, en quelques mains qu'il se trouve (droit de *suite*), de le faire vendre et de se payer sur le prix avant tout autre créancier (droit de *préférence*); les deux dangers indiqués ci-dessus sont donc écartés. — Pour arriver à ce résultat les Romains se sont servis d'abord de la *fiducie*, puis du *gage*, enfin de l'*hypothèque*.

SECTION I. — *De la fiducie.*

Le débiteur mancipait ou cédait *in jure* la chose au créancier. Celui-ci s'engageait par un pacte *(pactum fiduciæ)* à retransférer au débiteur la propriété de la chose après le paiement de la dette.

Droits du créancier. Il est propriétaire de la chose, en perçoit les fruits, mais en impute la valeur sur les intérêts de la dette; il peut la vendre faute de paiement à l'échéance, et en garde le prix jusqu'à concurrence de sa créance et des impenses légitimes qu'il a pu faire; il peut d'ailleurs réclamer ces impenses au débiteur par l'action *fiduciæ contraria* (1).

Droits du débiteur. — Exiger le retransfert de la propriété, après paiement, ou le surplus du prix de la chose vendue, enfin demander indemnité si le créancier a dégradé la chose. Ces droits sont garantis par l'action *fiduciæ directa*, qui est de bonne foi. — Le débiteur peut vendre la chose et obliger le créancier à la livrer à l'acheteur qui paie son prix au créancier jusqu'à concurrence de la dette; enfin, si le débiteur se trouve en possession de la chose sans l'avoir obtenue du créancier à titre de précaire ou de bail, il l'usucape sans juste titre ni bonne foi (2). Différences entre la fiducie et la vente à réméré.

(1) P., II. 13, § 7. — (2) Voy. *Résumé* t. I, p. 36, note 31.

Digitized by Google

La fiducie, très avantageuse pour le créancier, est pleine d'inconvénients pour le débiteur. En effet, il n'a qu'une action personnelle pour réclamer la restitution de la chose; conséquences, notamment en cas d'aliénation par le créancier; — il ne peut plus se servir de la chose, à moins que le créancier ne la lui ait remise à titre de précaire ou de bail; — ni la donner en garantie de nouvelles créances.

SECTION II. — *Du gage (pignus).*

Historique. — Primitivement, pour éviter le danger de l'aliénation par le créancier, on se bornait à lui remettre la détention d'une chose, avec le droit de la garder jusqu'au paiement, mais sans pouvoir la vendre (3). — Puis le Préteur accorda au créancier les interdits possessoires. Le débiteur convenait souvent avec le créancier que ce dernier pourrait vendre l'objet (4); puis cette convention fut sous-entendue, mais alors le créancier devait au préalable faire trois sommations au débiteur (5). Enfin on admit la vente même au cas où elle avait été interdite par la convention, en exigeant seulement les trois sommations (6).

Cette institution laissait subsister les deux derniers inconvénients de la *fiducie.*

Interdit Salvien. — Ces inconvénients se faisaient sentir particulièrement dans le cas de bail d'un fonds rural. Le fermier donnait en gage au bailleur ce qu'il apportait dans la ferme, instruments, bestiaux, etc. *(inducta, illata)* (7); il fallait pourtant qu'il en conservât la possession; le Préteur *Salvius* donna alors au bailleur un interdit *(Salvien)* par lequel il se mettait en possession des *illata* (8), et se trouvait ainsi nanti d'un gage véritable. — Le bailleur d'une maison d'habitation arrivait au même résultat par la *perclusio* (gardiens mis aux portes) (9); le locataire, s'il avait payé, forçait le bailleur à le laisser déménager au moyen de l'interdit *de migrando* (10).

(3) L. 73, D., *De furtis*, 47, 2. — (4) G., II, § 64. — (5) P., II, 5, § 1. — (6) L. 4, D., *De pign. act.*, 13, 7. — (7) Caton, *De re rustica*, c. 146. — (8) G., IV, § 147. — P., V, 6, § 16. — J., IV, 15, § 3. — D., *De salviano interdicto*, 8, 9. — L. 2, § 3, D., *De interdictis*, 4, 31. — (9) L. 9, D., *In quib. causis*, 20, 2. — (10) D., *De migrando*, 43, 32.

Digitized by Google

Le bailleur d'un fonds rural devait prouver la convention de gage pour les *inducta, illata;* le gage était tacite pour les fruits (11). Si le bailleur perdait la possession acquise par l'interdit *Salvien,* il n'avait que les interdits possessoires ordinaires pour la recouvrer (12). L'interdit *Salvien* pouvait-il être intenté contre les tiers détenteurs ? Controverse (13).

Action Servienne. Le Préteur *Servius* donna au bailleur d'un bien rural une action réelle par laquelle il se mettait en possession des *inducta, illata, nata;* à la charge de prouver que ces objets étaient la propriété du fermier. Cette action fut étendue sous le nom d'action *quasi-servienne* ou *hypothécaire* à tous les cas où il y avait eu convention de gage, sans qu'il fût nécessaire que la possession eût été remise au créancier. Dès lors l'hypothèque fut créée.

SECTION III. — *De l'hypothèque.*

Notions générales. — Différences entre le gage et l'hypothèque : 1° Dans le gage le créancier acquiert la possession de l'objet. — 2° L'hypothèque s'applique plus fréquemment aux immeubles; le gage est plus usité pour les meubles. — 3° Le créancier gagiste peut intenter l'action hypothécaire dès qu'il perd la possession de la chose, le créancier hypothécaire ne le peut en principe avant l'échéance de la dette. — 4° La même chose peut être hypothéquée successivement à plusieurs créanciers. — 5° L'hypothèque peut porter sur des biens à venir.

SOUS-SECTION I. — *Sources de l'hypothèque.* (D., *De pignoribus et hypothecis,* 20, 1).

1° *La convention.* Consentement, capacité d'aliéner, propriété du constituant. Le propriétaire (au moins bonitaire) peut seul hypothéquer en principe. L'hypothèque consentie sur la chose d'autrui est nulle. Exceptions :

(11) L. 7, D., *In quib. causis,* 20, 2. — (12) Arg. G., IV, § 147, *in fine.* — J., IV, 15, § 3, *in fine.* — L. 1, § 5, D., *De migrando,* 43, 32. — J., IV, 6, § 7. — (13) Aff. : Théoph. IV, 15, § 3. — L. 1, § 1, D., *De salviano interdicto,* 43, 33. — Neg. : L. 1, C., *De precar. et salv. int.,* 8, 9. — Accarias II, n° 963.

Digitized by Google

1° Ratification du propriétaire (1). — 2° Lorsque la chose est due au constituant (2). — 3° Hypothèque sur les biens à venir (3). — 4° Si le constituant devient propriétaire de la chose qu'il a hypothéquée à un créancier de bonne foi (4). — *Quid* si le propriétaire devient l'héritier du constituant (5)? L'hypothèque consentie par le possesseur de bonne foi est opposable à tous ceux contre qui il aurait la Publicienne (6).

2° *Le testament* (7).

3° *L'autorité judiciaire. — a) Pignus prætorium ;* envoi en possession *rei servandæ causa* (8). — *b) Pignus in causa judicati captum*, saisie-exécution, en vertu d'un jugement (9). — Une créance pouvait quelquefois être l'objet d'un *pignus prætorium* (9 *bis*), ce qui équivaut à notre saisie-arrêt.

4° *La loi ; hypothèques tacites.* Elles sont spéciales ou générales.

A) Hypothèques spéciales. — 1° Au profit du bailleur d'une maison sur le mobilier du locataire, et au profit du bailleur d'une ferme sur les fruits (10). — 2° Au profit des légataires sur les biens de la succession revenant à la personne chargée du legs (11). — Autres hypothèques spéciales (12).

B) Hypothèques générales. 1° Au fisc, au prince, et à son épouse, pour toutes créances sauf celles résultant d'un délit (13). — 2° Aux pupilles, aux mineurs et aux fous sur les biens de leurs tuteurs et curateurs (14). — 3° A la femme orthodoxe, sur tous les biens du mari ou du *pat. fam.* de celui-ci, pour sûreté de la dot, des paraphernaux

(1) L. 2, L. 20, pr., D., *De pign. act.*, 13, 7. — (2) L. 1, pr., D. — (3) L. 15, § 1, D. — L. 9, C., *Quæ res pignori*, 8, 17. — (4) L. 1, pr., D. — L. 41. D., *De pign. act.*, 13, 7. — L. 5, C., *Si aliena res.* 8, 16. — (5) Controverse entre Paul, L. 41, D., *De pigner. act.*, 13, 7 et Modestin L. 22, D. — (6) L. 18; L. 21, § 1, D. — (7) L. 26, pr., D., *De pign. act.*, 13, 7. — (8) L. 26, D., *De p. a.*, 13, 7. — L. 2, C., *De prætor, pign.*, 8, 22. — (9) L. 3, § 1, D., *De reb. eor.*, 27, 9. — L. 15, D., *De re judic*, 42, 1. — (9 *bis*) L. 15, §§ 8, 10, D., *De re judicata*, 42, 1. — (10) L. 4, D., *In quib. causis*, 20, 2. — (11) L. 1, C., *Commun. de legat.*, 6, 43. — (12) L. 7, pr., D., *De publicanis*, 39, 4. — L. 1, D., *In quib. causis*, 20, 2. — L. 5, L. 6, L. 7, D., *Qui potiores*, 20, 4. — (13) L. 6, § 1, L. 46, § 3, L. 47, pr., D., *De jure fisci*, 49, 14. — (14) L. 20, C., *De adm. tut.*, 5, 37.

Digitized by Google

que le mari aurait administrés, et pour l'exécution de la donation *propter nuptias* (15). — Autres hypothèques générales (16).

Sous-Section II. — *Sur quelles choses l'hypothèque peut-elle être établie?*

Sur toutes les choses qui peuvent être vendues.

A) La propriété. L'hypothèque porte alors sur les accessoires qui ont pu se joindre à la chose, comme l'usufruit qui rejoint la nue-propriété (17), les constructions (18); l'hypothèque porte aussi sur les fruits tant que la chose est aux mains du débiteur; mais il a sans doute le droit de les aliéner (acte d'administration) (19).

B) Les servitudes personnelles, sauf l'usage (20).

C) Les servitudes réelles rustiques causales, c'est-à-dire à constituer, mais non si elles étaient déjà constituées. On ne peut jamais hypothéquer les servitudes urbaines (21).

D) L'emphytéose et la superficie (22).

E) Les créances (*pignus nominis*) (23). L'hypothèque se constitue ici par le moyen d'un mandat *in rem suam* (voy. plus haut, cession de créance, p. 167). Le créancier notifie la cession au débiteur cédé, se fait payer par lui, jusqu'à concurrence de sa créance, ou garde à titre de gage l'objet de la créance hypothéquée, si cet objet est autre qu'une somme d'argent.

F) On peut encore hypothéquer un gage ou même une hypothèque. — *a)* Hypothèque d'un gage; c'est un *pignus nominis* portant sur une créance garantie par un gage. — *b)* Hypothèque d'une hypothèque; c'est aussi l'hypothèque d'une créance garantie par une hypothèque (24). Ainsi le

(15) L. 30, C., *De jure dot.*, 5, 12. — L. *un.*, § 15, C., *De rei uxor. act.*, 5, 13. — L. 12, § 1, C., *Qui potiores*, 8, 18. — (16) L. *un.*, § 1, C., *De rei uxor. act.*, 5, 13. — L. 6, § 2, L. 8, §§ 4, 15, C.. *De secundis nuptiis*, 5, 9. — L. 6, § 4, C., *De bonis quæ liberis*, 6, 61. — N. 7, c. 3, § 2. — N. 22, c. 44, §§ 2, 3, 8, 9. — (17) L. 18, § 1, D., *De pign. act.*, 13, 7. — (18) L. 29, § 2, D. — (19) L. 26, § 2, D. — L. 3, C., *In quib. causis*, 8, 15. — L. 1, C., *De partu pign.*, 8, 25. — P., II, 5, § 2. — L. 29, § 1, D. — (20) L. 11, § 2, D. — (21) L. 12, L. 11, § 3, D. — (22) L. 15, D., *Qui potiores*, 20, 4. — (23) L. 7, C., *De hered. vel act. vend.*, 4, 39. — Voy. *supra*, note 9 *bis*. — L. 18, D., *De pign. act.*, 13, 7. — L. 4, C., *Quæ res pignori*, 8, 17. — (24) L. 13, § 2, D. — L. 40, § 2, D.

Digitized by Google

pignus pignoris comprend un *pignus nominis* et de plus la cession, jusqu'à due concurrence, des droits de gage ou d'hypothèque appartenant à celui qui constitue le *pignus pignoris*.

G) Hypothèque générale sur les biens présents et à venir. Cette hypothèque, devenue très fréquente (25), ne comprend ni les choses dont le créancier a permis l'aliénation, ni les choses nécessaires au débiteur (26), ni celles de ses héritiers (27).

Sous-Section III. — *Quelles créances peuvent être garanties par l'hypothèque ?*

Il faut une créance valable, mais qui peut être simplement naturelle, due par le constituant ou par un tiers. On peut même donner hypothèque pour une créance conditionnelle, ou même pour une créance future, mais dans ce dernier cas l'hypothèque ne datera que du jour de la naissance de la créance, du moins si la créance ne peut naître que du consentement du créancier (28); *secus* dans le cas d'ouverture de crédit (29).

L'hypothèque garantit les intérêts légaux et moratoires de la créance (30); même les intérêts conventionnels si les parties savaient que la dette produisait des intérêts; elle garantit aussi la peine et les dépenses que le créancier a pu faire pour la conservation de la chose (31).

Sous-Section IV. — *Des effets de l'hypothèque.*

A) Droit d intenter l'action quasi-servienne. L'action *quasi-servienne*, ou hypothécaire est une action réelle, prétorienne, *in factum*, arbitraire, par laquelle le créancier demande à être mis en possession de la chose hypothéquée.

1° A qui appartient cette action ? — A tout créancier hypothécaire ou gagiste, pourvu qu'il prouve : *a)* son droit, c'est-à-dire : l'existence de la dette, la propriété du consti-

(25) L. 13, § 1, D. — P., V, 6, § 16. — L. 2, D., *Qui potiores*, 20, 4. — (26) L. 67, D. — (27) L. 29, pr., D — Même solution dans notre droit ancien (Loisel, *Institutes coutumières*, 4, 7, § 21) et moderne. — (28) L 11, pr., D., *Qui potiores*, 20, 4. — (29) Cass., 8 mars 1853. S. V. 55, 1, 214. — (30) L. 8. § 9, D., *De pign. act.*, 13, 7. — (31) L. 27, *in fine*, D, *Fam. ercis.*, 10, 2.

Digitized by Google

tuant, l'établissement de l'hypothèque ; — *b*) la lésion de son droit, c'est-à-dire la détention du défendeur, et en principe l'exigibilité de la dette (32).

2° Contre qui ? — Contre toute personne contre laquelle on pourrait intenter la revendication.

3° Effets de l'action. — Si le défendeur n'acquitte pas intégralement la dette, le juge lui ordonnera par son *arbitrium* d'abandonner au demandeur la chose avec les fruits perçus depuis la litiscontestation (si la valeur de la chose ne suffit pas) (33). Si le défendeur n'obéit pas, il sera condamné à payer la valeur le la chose, mais jusqu'à concurrence de la dette seulement, à moins qu'il n'ait acquis *a non domino*, cas dans lequel le créancier touche la valeur intégrale de la chose sauf à rendre l'excédant au débiteur (34).

4° Exceptions que le défendeur peut invoquer. *a*) Les mêmes exceptions qu'en matière de revendication (35). — *b*) Exception *rei ante pignoratæ*, s'il est créancier hypothécaire antérieur (36). — *c*) L'exception : *si non antiquior creditor vendiderit*, s'il a acquis d'un créancier hypothécaire préférable (36 *bis*). — *d*) Le *beneficium ordinis* ou *excussionis personalis*, par lequel il renvoie le créancier à discuter au préalable le débiteur et ses cautions (37). — *e*) Le *beneficium ordinis* ou *excussionis realis*, par lequel il renvoie le créancier qui invoque une hypothèque générale à discuter d'abord les biens sur lesquels il a en outre une hypothèque spéciale (38). — *f*) Le *beneficium cedendarum actionum* (39) par lequel il exige du créancier la cession de ses actions contre le débiteur, les cautions, (depuis la Novelle 4 ; *secus* en droit français) et peut-être contre les autres détenteurs des biens hypothéqués pour forcer ces derniers à contribuer au paiement.

(32) L. 14, pr., L. 13, § 5, D. — (33) L. 16, § 4, L. 29, § 1, D. — La L. 1, § 2, D., suppose, selon nous, l'action intentée contre un acqu reur *a non domino*. — (34) L. 21, § 3, D. — (35) L. 29, § 2, D. — (36) L. 12, pr., D., *Qui potiores*, 20, 4. — (36 *bis*) L. 6, L. 7, C., *De O. et A.*, 4, 10. — L. 6, C., *Qui potiores*, 8, 18. — L. 1, C., *Si antiquior*, 8, 20. — (37) N. 4. — (38) L. 2, C., *De pignor*, 8, 14. — L. 9, C., *De distract. pign.*, 8, 28. — (39) L. 19, D., *Qui potiores*, 20, 4.

Digitized by Google

B) Droit de vendre la chose hypothéquée.

1° Le créancier premier en rang peut seul vendre *efficacement*, de manière à ce que l'acquéreur ne puisse être inquiété par les créanciers postérieurs.

2° Quand la chose peut-elle être vendue? (D., *De distractione pign.*, 20, 5. — C., *eod.* 8, 28.) Il faut que la dette soit échue (1), et que le créancier ait fait sommation au débiteur (2) (controverse). Sous Justinien, il faut, (sauf convention contraire) qu'il se soit écoulé deux ans depuis la sommation faite au débiteur, ou le jugement obtenu contre lui (3).

3° Formes de la vente. Le créancier doit l'annoncer publiquement et avertir le débiteur (4). Mais la vente n'est pas faite aux enchères.

4° La chose ne peut être achetée ni par le débiteur ni par ses cautions, ni par aucun créancier hypothécaire (5).

5° Effets de la vente. — *a*) Entre le créancier et l'acheteur. Le créancier doit livrer la chose ou céder son action hypothécaire à l'acheteur (6). Il ne garantit pas contre l'éviction, car il n'agit pas *procuratio nomine*, mais *suo nomine;* il ne garantit que sa qualité de créancier premier en rang (7). — *b*) entre l'acheteur et le débiteur. L'acheteur évincé ne peut agir en garantie contre le débiteur, car celui-ci n'est pas le vendeur (8), mais il peut lui réclamer ce qu'il a payé en son acquit, ou se faire céder par le créancier l'action *pigneratitia contraria* qu'il a contre le débiteur qui a hypothéqué la chose d'autrui (9). Si le créancier avait dolosivement vendu à bas prix à un acheteur complice de la fraude, et qu'il fût insolvable, le débiteur aurait contre l'acheteur l'action *de dolo* (10). — *c*) Effets de la vente sur les hypothèques. Elle les éteint relativement à l'acquéreur (11).

C) Droit de s'approprier la chose. Autrefois on pouvait

(1) L. 8, § 3, D.. *De pign. act.*, 13, 7. — (2) L. 10, C., *De pignor.*, 8, 14. — (3) L. 3, C., *De jure dom. impet.*, 8, 34. — (4) L. 4, C. — (5) L. 5, § 1, L. 2. D — (6) L. 13, D. — (7) L. 10, D. — L. 11, § 16, D., *De act. empti*, 19, 1. — (8) *Serus* en droit français. Voy. Gilbert, Code civil annoté, art. 1235 et 1626. — (9) L. 38, D., *De evict.*, 21, 2. — (10) L. 1, C., *Si vendito pign. ag.*, 8, 30. — (11) L. 12, § 7, § 1, D. — Comp. art. 717, 692, C. pr.

Digitized by Google

convenir (pacte commissoire) qu'à défaut de paiement le créancier serait propriétaire de la chose. Constantin abolit cette clause (12). Justinien permit au créancier qui ne trouve pas d'acheteur de se faire attribuer la propriété par rescrit impérial (13).

Sous-Section V. — *Du rang des hypothèques entre elles.* (D., *Qui potiores in pignore*, 20, 4. — C., *eod.*, 8, 18).

Règle : *prior tempore, potior jure*. Pour donner date certaine à la constitution d'hypothèque, Léon exigea la signature de trois témoins (1).

§ 1.— Exceptions au principe. Hypothèques privilégiées (rangées dans l'ordre probable (1 *bis*) qu'elles occupent entre elles) :

1° Au profit du fisc pour les impôts et les dettes des *primipili* (2). — 2° Au profit de celui qui s'est expressément réservé la préférence en prêtant de l'argent pour l'acquisition d'une *militia*, et au profit de l'*Argentarius* qui a prêté pour l'acquisition d'une chose en se faisant donner hypothèque par écrit (3). — 3° Au profit de la femme et de ses descendants, pour la restitution de sa dot (4). — 4° Au profit de tous ceux dont l'argent a servi à acquérir, conserver et améliorer la chose, pourvu qu'ils aient un droit réel sur la chose, par exemple une hypothèque conventionnelle ou légale (5). — 5° Au profit du fisc pour ses créances ordinaires (6), mais elle ne prime que les hypothèques de même date (7).

§ 2. — Du rang des hypothèques générales entre elles. Selon nous les hypothèques générales concourent entre

(12) L. 3, C., *De pactis pign.*, 8, 35. — Comp. art. 2078, 2088 C. civ. — (13) L. 3, C., *De jure dom. impetr.*, 8, 34.

(1) L. 11, C. — (1 *bis*) Maynz, t. I, § 249. — (2) L. 1, C., *Si propter publicas*, 4. 46. — L. 3, C., *De primipilo*, 12, 63. — N. 97, c. 2. — N. 109, c. 1. — L. 2, C., *De privileg. fisci*, 7, 73. — (3) N. 97, c. 4. N. 136, c. 3. — (4) J., 4, 6, § 29. — L. 30, C., *De jure dot.*, 5, 12. — L. 12, § 1, C. — N. 61, c. 1. — N. 91, c. 1. — N. 97, c. 2, 3. — (5) L. 3, § 1, L. 5, L. 6, L. 7, D. — L. 7, C. — L. 17, C., *De pign.*, 8, 14. — N. 97. c. 3, 4, — N. 136, c. 3. — L. 2, D., *De rebus eor.* 27, 9. — (6) L. 28, L. 22, § 1, D., *De jure fisci*, 49, 14. — L. 8, L. 21, pr., D. — (7) L. 2, C., *De privilegiis fisci*, 7, 73.

Digitized by Google

elles sur tous les biens acquis postérieurement à la naissance de ces hypothèques (8).

§ 3. — De la transmission de l'hypothèque (subrogation ou *successio in locum creditoris*).

En acquérant la créance même, on peut sans difficulté acquérir l'hypothèque, notamment dans les cas du *beneficium cedendarum actionum*, mais peut-on, sans acquérir la créance, s'assurer le bénéfice de l'hypothèque? (8 *bis*).

1er Cas : en payant le créancier? Oui dans les hypothèses suivantes : 1° Un créancier hypothécaire désintéresse un créancier antérieur (*jus offerendæ pecuniæ*); il lui est alors subrogé pour le montant de la somme payée (9). Il n'y a pas selon nous transmission de l'hypothèque, mais simplement application de l'idée que le dégrèvement de la chose doit profiter à celui qui l'a opéré, pourvu qu'il ait un droit réel sur la chose. — 2° Une personne prête de l'argent au débiteur pour désintéresser un créancier hypothécaire, *et se fait donner en même temps une hypothèque* (10). Même explication. — 3° L'acquéreur de la chose hypothéquée, l'ayant achetée du débiteur, paie son prix aux mains du premier créancier (11). Même explication ; toute idée de transmission de l'hypothèque est ici inadmissible. Les créanciers postérieurs conservent le droit de faire vendre la chose en désintéressant l'acheteur (12). *Secus* si la vente avait été faite par le premier créancier (13). — 4° Un créancier peut être subrogé à lui-même, lorsqu'en faisant novation il réserve son hypothèque au profit de sa nouvelle créance (14).

2e Cas. — On ne peut sans payer un créancier, bénéficier

(8) L. 7, § 1, D. — Comp. L. 21, pr., D. — Voy. Jourdan, *Hypothèque*, p. 310 et s. — *Secus* selon la jurisprudence française, voyez Aubry et Rau, 4e édition, t. II, p. 914. — (8 *bis*) Voy Jourdan, p. 630 et s. — (9) P., II, 13, § 8. — L. 3, § 1, L. 20, L. 12, § 6, L. 16, D. — L. 1, L. 5, L. 4. C. — L. 22, C., *De pign.*, 8, 14. — L. *un. in fine*, C., *Etiam ob chyr.*, 8 27. — L. 5, pr., D., *De distract. pign.*, 20. 5. — Art. 1251, n° 1. — (10) L. 3, D., *Quæ res pign.*, 20, 3. — L. 12, §§ 8, 9, D. — L. 1, C., L. 2, D., *De pign. act.*, 13, 7. — Art. 1250, n° 2. — (11) L. 17, D. — L. 3, C., *De his qui in prior.*, 8, 19. — L. 3, D., *De distract. pign.*, 20, 5. — Art. 1251, n° 2. — (12) L. 17, D. — (13) L. 17, D. et *infra*, p. 212, n. 9 —(14) L. 11, § 1, D., *De pign. act.*, 13, 7. — L. 3 pr., L. 2, pr., D. — L. 30, D., *De novat.*, 46, 2. — L. *un.* C., *Etiam ob chyr.*, 8, 27. — Art. 1278.

Digitized by Google

de son hypothèque, à moins d'acquérir aussi sa créance ; donc deux créanciers ne pourraient se céder réciproquement leur rang seulement (15).

Sous-Section VI. *De l'indivisibilité du gage et de l'hypothèque. — Est tota in toto, et tota in qualibet parte.* — Cette formule signifie que si la chose est morcelée entre plusieurs propriétaires, chaque parcelle répond de la totalité de la dette, et que si la dette est morcelée, la chose tout entière répond de chaque fraction de la dette (16). Justinien en accordant une hypothèque tacite aux légataires (17), décida que les héritiers ne seraient tenus des legs hypothécairement que dans la mesure de leur obligation personnelle, c'est-à-dire pour leur part. Les termes de la constitution doivent faire admettre que cette décision doit être maintenue *même après le partage*, quoique l'indivisibilité de l'hypothèque, et le caractère translatif du partage romain devraient entraîner une solution contraire (18). Par contre, en droit français, les héritiers ne devraient être tenus hypothécairement que pour leur part, par suite du caractère déclaratif du partage (art. 883). Cependant l'art. 1017 les déclare tenus hypothécairement pour le tout.

Sous-Section VII. — *Modes d'extinction de l'hypothèque.* (D., *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, 20, 6).

Modes spéciaux à la législation romaine (1).

§ 1. — Modes accessoires d'extinction.

L'hypothèque s'éteint en principe avec la dette. Elle persiste pourtant après la litiscontestation sur l'action de la créance, lorsque l'extinction de la dette laisse subsister une obligation naturelle, et après la prescription de trente ans, puisque sous Justinien l'hypothèque ne se prescrit

(15) L. 12, D., *Quib. mod. pign.*, 20, 6. — L. 12, § 4, D. — Voy. Jourdan, p. 637 et 638. — (16) L. 1, C., *Si unus ex plur. hered.*, 8, 32. — Voy. cep. L. 11, § 4, D., *De pign. act.*, 13, 7, où il était sans doute question de *fiducie*. — (17) L. 1, C., *Communia de legatis*, 6, 43. — (18) *Sic :* Donneau ; Jourdan, p. 410. — *Contra* Demangeat, t. I, p. 783 ; t. II, p. 612.

(1) L. 15, § 25, D., *De damno infecto*, 39, 2. — L. 24, § 3, D., *De pign act.*, 13, 7. — J., II, 6, § 14. — L. 22, § 5, C., *De jure delib.*, 6, 30.

Digitized by Google

que par quarante ans, lorsque le bien est aux mains du débiteur (2).

§ 2. — Modes principaux d'extinction.

1° Destruction de la chose (3). — Le droit des créanciers sera transporté sur l'indemnité due par le tiers destructeur (4). — 2° Confusion : le créancier hypothécaire devient propriétaire. L'hypothèque s'éteint (5), mais cette règle est mitigée par application du principe d'équité que celui qui a dégrevé la chose, doit profiter de ce dégrèvement (6). — Applications (7). — 3° Renonciation, expresse ou tacite, notamment consentement à l'aliénation de la chose, ou à la constitution d'une autre hypothèque (8). — 4° Vente par le premier créancier (9). — 5° La prescription acquisitive (10). — 6° La prescription extinctive de l'hypothèque, au profit du débiteur par quarante ans, et des tiers détenteurs par trente ans (11).

APPENDICE I

Observations critiques sur le régime hypothécaire romain. — Défaut de *publicité* et souvent de *spécialité*. — Droits excessifs du premier créancier au préjudice des autres. — Les formes de la vente ne garantissent pas suffisamment les intérêts du débiteur. — L'acquéreur ne peut purger.

APPENDICE II

De la renonciation par la femme à son hypothèque, et de quelques autres questions qui se rattachent à cette matière.

1° Avant Justinien, la femme peut-elle renoncer au re-

(2) L. 43, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 13, § 4, D., *De pign.*, 20. 1. — L. 29, D., *De nov.*, 46, 2. — L. 7, § 12, C., *De præscript. trig. vel quad.*, 7, 39. — (3) L. 8, pr., D. — L. 18, § 3, D., *De pign. act.*, 13, 7. — (4) Arg. L. 17, D., *De reiv.*, 6, 1. — (5) L. 45, D., *De reg. juris*, 50, 17. — L. 29, D., *De pign. act.*, 13, 7. — (6) Voy. plus haut, p. 210, n. 9. — (7) L. 17, D., *Qui potiores*, 20, 4. — L. 30, § 1, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. — L. 5, § 1, L. 6, D., *De dist. pign.*, 20, 5. — Comp. art. 2177. — (8) L. 7, C., *De remis. pign.*, 8, 26. — L. 8, §§ 11, 12, D. — L. 12, § 4, D., *Qui potiores*, 20, 4. — (9) LL. 6, 7, C., *De O. et A.*, 4, 10. — L. 6, C., *Qui potiores*, 8, 18. — L. 1, C., *Si antiquior*, 8, 20. — (10) L. 8, C., *De præscript. trig.*, 7, 39. — (11) L. 7, C., *eod.*

Digitized by Google

couvrement même de sa dot? Par exemple céder à un tiers sa créance dotale? Oui (12), même s'il y a un immeuble dotal, car l'aliénation est permise avec le consentement de la femme. — Sous Justinien, nous croyons que la femme ne pourrait céder sa créance en restitution de l'*immeuble dotal*, ni même contracter, tant que dure l'inaliénabilité, des obligations exécutables après le mariage sur l'*immeuble dotal*, car ce serait l'aliéner indirectement; d'ailleurs, à cette époque la prohibition d'aliéner s'adresse autant à la femme qu'au mari, puisque la femme est considérée comme propriétaire *jure naturali* (13). L'opinion commune est contraire (14). Notre ancienne jurisprudence déclarait les obligations contractées par la femme pendant le mariage, non susceptibles d'exécution sur les biens dotaux, même mobiliers (15); et la jurisprudence actuelle est fixée en ce sens (16). — Ces extensions viennent probablement de ce que l'on présume (le plus souvent avec raison) que les obligations de la femme mariée, sont au fond contractées dans l'intérêt du mari, et constituent dès lors l'*intercessio* absolument prohibée par l'Authentique *Si qua mulier* (17).

2° Avant Justinien la femme ne pouvait probablement renoncer pendant le mariage à son privilège (18). — Elle pouvait renoncer *purement et simplement* à l'hypothèque conventionnelle que le mari avait pu lui donner (19). Il y avait des difficultés sur la question de savoir si la femme qui renonçait à son hypothèque en faveur d'un acquéreur ou d'un créancier du mari, n'*intercédait* pas contrairement au Snc. Velléien. Anastase permit la renonciation spéciale en faveur des personnes déterminées dans l'acte (20). Par la L. *unica*, § 15, C., *De rei uxoriæ actione*, 5, 13, Justinien interdit à la femme de renoncer à son hypothèque *sur l'immeuble dotal*. Tel est le but qu'il se propose d'attein-

(12) L. 3. § 5, D., *De minor.*, 4, 4.— Demangeat, *Fonds dotal*, p. 25 et s.— (13) L. 30, C., *De jure dot.*, 5, 13. — (14) Voy. Demangeat, *Fonds dotal*, p. 161 et s. — Aubry et Rau, § 537 *bis*. — (15) Voy. les auteurs cités par Aubry et Rau, § 537 *bis*, note 4. (4e édition). — (16) Voy. Aubry et Rau, § 537 *bis*. — (17) N. 134, c. 8. — (18) Demangeat, *Fonds dotal*, p. 29 et s. — Arg L. 2, D., *De jure dot.*, 23, 3, cbn. avec P., 1, 1, § 6. — (19) L. 11, C., *Ad Snc. Vellej.*, 4, 29 — Arg. L. 7, § 6, D., *De donat. inter*, 24, 1. — L. 18, D., *Quæ in fraudem*, 42, 8. — (20) L. 21, C., *Ad Snc. Vellej.*, 4, 29.

Digitized by Google

dre en interdisant à la femme de consentir à l'aliénation du fonds dotal. Controverse en ce qui concerne l'hypothèque sur les meubles dotaux (21). — Le consentement donné par la femme à l'aliénation ou à l'hypothèque du fonds dotal (et des immeubles compris dans la *donatio propter nuptias*) (22) est annulé comme *intercessio* (23), il serait valable, si la femme l'avait confirmé au bout de deux ans, à la condition que le mari soit solvable au jour de la restitution de la dot (24). Autres conséquences de cette idée ; l'immeuble dotal serait valablement hypothéqué pour dette propre à la femme, car alors elle n'intercède pas ; l'acte serait encore valable si la femme avait dolosivement fait croire à l'acquéreur ou au créancier que l'immeuble était au mari (25).— L'Authentique *Si qua mulier* (26) défend d'ailleurs absolument à la femme d'intercéder pour son mari qui emprunte, et par conséquent, selon nous, de renoncer dans ce cas à son hypothèque sur les biens du mari. — Elle pourra dans les autres cas renoncer à son hypothèque, sauf sur l'immeuble dotal. La jurisprudence ancienne et actuelle annule toute renonciation à l'hypothèque de la femme dotale ; cette doctrine résulte probablement de ce qu'on suppose toujours que cet acte constitue une intercession pour le mari, et de ce que l'on a interprété extensivement l'Authentique *Si qua mulier*.

APPENDICE III.

Du stellionat. (D., *Stellionatus*, 47, 20. — C., *De crimine stellionatus*, 9, 34.)

Le stellionat est un délit puni de la condamnation aux mines ou à la rélégation et entraînant l'infamie (1). Sont coupables de vol ceux qui aliènent un meuble spécialement hypothéqué (2). Sont coupables de stellionat,

(21) *Neg.* Demangeat, *op. cit.*, p. 37 et s. — Aff Savigny, *Système*, t. IV, § 149, note *h*. — (22) N. 61. — (23) *Petri exceptiones*, 1, 34. — (24) N. 61, c. 3. — Voy. Demangeat, *op. cit.*, p. 219 et s. — Cujas, *Novellarum expositio, ad* N. 61. — Voy. *contra* Glück, t. XXV, § 1252 A. — (25) Voy. Demangeat, p. 216 et s. — (26) N. 134, c. 8.

(1) L. 3, § 2, D. — L. 13, § 8, D., *De his qui notantur*, 3, 2. — (2) L. 66, D., *De furtis*, 47, 2.

Digitized by Google

ceux qui hypothèquent ou qui aliènent des biens hypothéqués sans déclarer les hypothèques, s'ils le font sciemment et frauduleusement (3).

CHAPITRE II

DU PRIVILÈGE, DE L'ANTICHRÈSE, ET DU DROIT DE RÉTENTION.

§ 1. — Du privilège.

Notions générales. — Le privilège (1) *(privilegium exigendi* ou *priv. inter personales actiones)* est le droit, pour un créancier chirographaire, de se faire payer avant les autres, lors de la *venditio bonorum*. Il découle de la loi qui l'accorde en faveur tantôt de la personne *(p. personæ)*, tantôt de la créance *(p. causæ)*. Il n'engendre aucun droit de suite (2). — Entre plusieurs privilèges, le rang est déterminé par la loi ; les privilèges de même espèce concourent (3). L'hypothèque prime le privilège.

Énumération des privilèges. — *a) P. personæ.* Le fisc, le prince, les cités, la femme pour sa dot, les pupilles et mineurs (4). — *b) P. causæ.* Prêt fait pour la construction d'une maison ou d'un navire. Dépôt d'argent chez un banquier. Avance de frais funéraires (5).

§ 2. — De l'antichrèse.

C'est la convention par laquelle un créancier hypothécaire ou non, est investi du droit de percevoir les fruits d'une chose en compensation des intérêts de sa créance. Cette convention est supposée lorsque le gage est frugifère (6).

(3) L. 15, § 2, D., *De pignor.*, 20, 1. — L. 16, § 1, D., *De pignerat act.*, 13, 7. — L. 3, § 1, D. — LL. 1, 2, 4, C.

(1) L. 26, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — L. 74, D., *De jure dot.*, 23, 3. — L. 9, C., *Qui potiores*, 8, 18. — (2) L. 3, C., *De serv. pign.*, 7, 8. — (3) L. 7, § 3, D., *Depos.*, 16, 3. — L. 32, D., *De reb. auct. jud.*, 42, 5. — (4) L. 10, § 2, D., *De pactis*, 2, 14. — L. 34, § 1, D., *De reb. auct.*, 42, 5. — L. 12, pr., C., *Qui potiores*, 8, 18. — LL. 22, 25, D., *De tut. et rat.*, 27, 3. — L. 15, § 1, D., *De cur. fur.*, 27, 10. — (5) L. 24, § 1, L. 26, D., *De reb. auct.*, 42, 5. — L. 7, § 2, D., *Depos.*, 16, 3. — L. 17, pr., D., *De reb. auct.*, 42, 5. — (6) L. 26, L. 17, L. 14, C., *De usuris*, 4, 32. — L. 11, § 1, D., *De pign.*, 20, 1. — L. 6, C., *Quod cum eo*, 4, 26. — L. 8, D., *In quib. causis.*, 20, 2, — L. 2, C., *De partu pign.*, 8, 25.

Digitized by Google

§ 3. — Du droit de rétention.

Toutes les fois qu'une personne se trouve nantie d'une manière non illégale (7) d'une chose appartenant à autrui, et qu'elle acquiert contre le propriétaire une créance même naturelle (8), connexe à la chose, elle a le droit de retenir cette chose jusqu'à ce qu'elle soit payée. La rétention est opposable aux créanciers du propriétaire et assurera ainsi indirectement au rétenteur un droit de préférence ; mais il n'a point de droit de suite.

Applications. Impenses faites par le possesseur de bonne foi d'une chose ou d'une hérédité. — Accession. — Le dépositaire, le commodataire, le créancier gagiste pour leurs impenses ; le vendeur au comptant, etc. (9).

LIVRE V

DE LA PROCÉDURE ET DES ACTIONS, EXCEPTIONS, INTERDITS, RESTITUTIONS EN ENTIER, ETC.

Organisation judiciaire. (Voy. *Résumé*, t. I, p. 21, n° 2).

Procédure. 1° *Époque des actions de la loi.* (Voy. *Résumé*, t. I, p. 21).

2° *Époque du système formulaire.* (Voy. *Résumé*, t. I, p. 21).

3° *Époque des judicia extraordinaria.* (Voy. *Résumé*, t. I, p. 24 et 29).

(7) Arg. L. 25, D., *De pign.*, 20, 1. — (8) L. 51, D., *De cond indeb.*, 12, 6. — (9) Voy. *Résumé*, t. I, p. 107-115, et ci-après, *pétition d'hérédité.* — *Lex Dei*, 10, 2, § 6. — L. 15, § 2, L. 59, D., *De furtis*, 47, 2. — L. 13, § 8, L. 25, D., *De act. empti*, 19, 1.

Digitized by Google

TITRE I

Détails sur les points les plus importants de la procédure.

CHAPITRE I

PROCÉDURE FORMULAIRE

SECTION I. — *De la compétence des magistrats.*

Règle : *actor sequitur forum rei ;* compétence du tribunal du défendeur (1), c'est-à-dire du tribunal de son domicile, de son *origo*, et de Rome pour les citoyens romains (2). — Du *jus revocandi domum* (3). — Prorogation de juridiction de consentement des parties (4). — Le tribunal du lieu où le paiement doit être fait, où à défaut de lieu fixé, de celui où le débiteur s'est obligé, est aussi compétent *(forum contractus)* (5). — Les *mutuæ petitiones* seront portées devant le juge de la demande principale (6). — En outre, sous le Bas-Empire, les actions réelles immobilières peuvent être portées devant le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux (7).

SECTION II. — *Parties principales de la formule.*

Notions générales. — Les parties principales de la formule sont : la nomination du juge, la *demonstratio, l'intentio*, la *condemnatio*. — Dans les actions divisoires, on trouve encore l'*adjudicatio* (1). — Les parties accessoires de la formule sont : les *præscriptiones*, les exceptions, répliques, etc.

(1) V., §§ 325, 326. — (2) L. 1, § 1, L. 29, L. 33, D., *Ad municip.*, 5, 1. — L. 7, C., *De incol.*, 10, 39. — L. 20 i, D., *De V S.*, 50, 16. — (3) L. 2, § 3 et s. D., *De judiciis*, 5, 1. — (4) L. 15, L. 18, D., *De jurisd.* 5, 1. — L. 1, L. 2, pr., D., *De jud.*, 5, 1. — L. 1, L. 3, C., *De jurisdict.*, III, 13. — (5) L. 19, § 1, 2, 4, L. 20, D., *De jud.*, 5, 1. — (6) L. 22, D., *De judiciis*, 5, 1. — L. 1, § 4, D., *Quæ sententiæ*, 49, 8. — (7) L. 3, C., *Ubi in rem actio*, 3, 19.

(1) Voy. *Résumé*, t. I, p. 77 et t. II, p. 97.

Digitized by Google

§ 1. — De la *demonstratio*.

C'est l'indication de la cause et de l'objet de l'action. Exemples. — Dans les actions *in factum*, la *demonstratio* est comprise dans l'*intentio* (2 et 3). — La *demonstratio* manque dans les actions *in rem* (4), parce que, si l'on peut être plusieurs fois créancier de la même chose à des titres différents, et si par conséquent, il est utile d'indiquer la cause (5), il est au contraire impossible d'avoir plusieurs fois *le même droit réel* sur la même chose (6). De là résulte qu'après avoir revendiqué une chose, je ne puis, en principe, la revendiquer pour une autre cause, à moins qu'elle ne soit postérieure à la première action (7). — La *condictio certæ pecuniæ* n'a point de *demonstratio* (8). Il en était peut-être de même de toute *condictio certi*. — La *demonstratio* n'indiquait peut-être pas l'objet de l'obligation dans l'action *ex stipulatu incerta* (9).

§ 2. — De l'intentio.

Le demandeur y pose ses conclusions ; le Préteur demande au juge si ces conclusions sont bien fondées. Exemples (10). En principe, elle ne contient pas le nom du défendeur dans les actions réelles ; *secus* dans les actions personnelles. Exceptions. Action négatoire ; action *quod metus causa*. Les *præjudicia* n'ont que l'*intentio* (11). — L'*intentio* est *certa* lorsqu'elle désigne d'une manière précise l'objet de la demande. Ex. : actions réelles. Cependant, pour de justes motifs, on peut réclamer quelquefois une *incerta pars* (12). — Dans les actions personnelles, l'*intentio* est *certa* ou *incerta*, suivant que l'obligation est elle-même *certa* ou *incerta* (13). — L'*intentio-demonstratio* des actions *in factum* est toujours *certa* (14).

(2 et 3) G., IV, §§ 46, 47. — (4) G., IV, §§ 34 et 36. — (5) L. 10, D., *De act. empti*, 19, 1. — (6) L. 3, § 4, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — (7) L. 11, §§ 1, 4, 5, L. 14, § 2, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. — L. 159, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (8) Cic. *Pro Ros. com.*, 4 et 5. — (9) G., IV, §§ 136, 137 (*quod* A. A. *a* N. N. *incertum stipulatus est*). — Arg. L. 5, § 1, D., *De obseq. par.*, 37, 15. — L. 5, § 16, D., *De doli mali except.*, 44, 4. — Voy. Accarias, t. II, n° 757, note 4. — (10) G., IV, § 41. — (11) G., IV, § 44. — (12) G., IV, § 54. — L. 1, § 5, D., *Si pars hered. pet.*, 5, 4. — L. 3, § 2, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 8, § 1, D., *Comm. div.*, 10, 3. — (13) Voy. Accarias, t. II, n°s 512 à 514. — (14) G., IV, §§ 54, 56, 58, 60.

Digitized by Google

— La plus petition n'est possible que dans les actions à *intentio certa* (15).

§ 3. — De la condemnatio.

C'est la partie de la formule qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur (16). — Le juge peut se dispenser de juger en jurant : *sibi non liquere* (17). — La condamnation a toujours pour objet une somme d'argent, quelle que soit la nature de l'action ; comme cela avait lieu déjà sous le régime des actions de la loi, même dans les actions réelles (18). — La *condemnatio* est tantôt *certæ pecuniæ* (19), tantôt *incertæ pecuniæ;* dans ce dernier cas tantôt *infinita*, tantôt *cum taxatione* (19 *bis*), et se détermine en principe par le *quod interest*, sauf peut-être pour les *condictiones*, où l'on ne prendrait en considération que la valeur de la chose due (20).

Section III. — *De la litis contestatio.*

§ 1. — Historique.

A l'époque des actions de la loi, les parties, après avoir accompli les formalités, prenaient le public à témoin : (*Cives testes estote !*); d'où *litem contestari* (1). A l'époque formulaire la *lit. cont.* est l'acte qui termine la procédure *in jure*. Autres expressions : *lis inchoata, judicium acceptum*, etc. La *litis contestatio* se confond donc avec la délivrance de la formule (2). — Il s'opère ainsi une sorte de contrat entre les parties (3). Le défendeur consent à soumettre le différend à un juge. — S'il n'y consentait point, il serait considéré comme *indefensus*, et le demandeur serait envoyé en possession de ses biens (4).

(15) Mêmes textes. — (16) G., IV, § 43, 50, 51. — (17) Aulu-Gelle, 14, 2. — L. 36, D., *De re judicata*, 42, 1. — (18) G., IV, § 48, lu ainsi : *Judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, (sed), sicut olim fieri solebat, æstimata re, pecuniam eum condemnat.* — Voy. Bruni, *Archivio giuridico*, t. XXI, pp. 232 et s. — Montagnon, *Thèse de Doctorat*, Lyon 1883, p. 7 et s. — (19) G., IV, §§ 50, 46. — J., IV, 5, § 1. — (19 *bis*) G., IV, §§ 50, 51, 54. — III, § 224. — *Lex Rubria*, c. 20. — (20) Voy. les textes cités par Accarias, t. II, § 763, *in fine*.

(1) Festus, V° *Contestari*. — (2) L. 31, pr., D., *De reb. cred.*, 12, 1. — Arg. L. 1, § 2, D., *De feriis*, 2, 12. — Voy. les textes cités par Accarias II, n° 764. — (3) L. 3, § 11, D., *De peculio*, 15, 1. — Cic., *De legibus*, 3, 3. — L. 22, D., *De tut. et rat.*, 27, 3. — (4) L. 52, D., *De reg. juris*. 50, 17. Voy. Accarias, II, n° 755.

Digitized by Google

§ 2. — Effets de la litiscontestatio.

I. Engagement contradictoire de l'instance. Le défaut de l'une des parties ne pourra désormais arrêter la marche du procès (5).

II. Détermination des parties ; notamment le *procurator ad litem* ne peut plus être changé par la seule volonté du mandant (6). Importance de cet effet dans le cas de *corei promittendi* ou *stipulandi* (7). — Cependant le changement des personnes désignées par la formule peut être autorisé par le magistrat au moyen d'une *translatio judicii*, pour divers motifs (8), en changeant le nom d'une des parties dans la *condemnatio* (9). — De cette détermination des parties il résulte que le droit déduit en justice ne peut être cédé sans la permission du magistrat. Cette autorisation sera refusée dans les actions en partage (10), et dans les actions réelles, si le demandeur *vend* son droit (11) ; si la vente est dissimulée (sous la forme d'un mandat et d'une donation par exemple), le défendeur fera insérer dans la formule modifiée l'exception *rei litigiosæ* (12).

III. Détermination du juge. Le magistrat peut le changer pour motifs légititmes (13).

IV. Détermination des éléments du litige. La formule ne peut être changée à ce point de vue que par une restitution *in integrum* (14).

V. Transformation du droit déduit en justice (novation judiciaire) (14 *bis*). — 1° Extinction *ipso jure* du droit déduit, dans les *judicia legitima*, s'ils sont *in jus* et *in per-*

(5) LL. 68-71, L. 73, pr., D., *De jud.*, 5, 1. — L. 53, §§ 1, 2, 3, D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 1, C., *Quor. app. non rec.*, 6, 65. — P., V, 5a, §§ 7 à 8. — *Asconius in Verrem*, II, 1, 9. — *Festus*, V° *Res comperendinata*. — (6) L. 16, L. 17, pr., D., *De procurat.*, 3, 3. — (7) Voy. plus haut, p. 137, n. 1. — (8) L. 8, D., *De fid. et nom.*, 27, 7. — L. 17, pr., L. 46. D., *De procur.*, 3, 3. — L. 22, C., *eod.*, 2, 13. — L. 6, § 3, D, *Quod cujus, universit.*, 3, 4. — (9) L. 76, D., *De judiciis*, 5, 1. — L. 1, § 2, D., *Quib. mod. pign.*, 20, 6. — (10) L. 1. C., *Com. div.*, 3, 37. — L. 13, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — (11) *Frag. de jure fisci*, § 8. — Arg. L. 1, pr., L. 22, pr, D., *De jure fisci*, 49, 14. — (12) G., IV, § 117. — (13) L. 60, L. 76, D., *De jud.*, 5, 1. — L. 13, § 3, D., *De vac.*, 50, 5 — L. 6, D., *De fid. et nom.*, 27, 7. — L. 36, D., *De re jud.*, 42, 1. — (14) G., IV, §§ 53, 57, 125. — (14 *bis*) V., § 263. — L. 29, D., *De novat.*, 46, 2.

Digitized by Google

sonam (15); extinction par l'exception *rei in judicium deductæ* (16) dans les autres actions (voy. plus bas, *chose jugée*). Intérêts de cette extinction en cas de péremption d'instance, de *plus petitio*, etc.; elle laisse subsister une action naturelle (17). — 2° Création d'un droit nouveau, né pour ainsi dire d'un contrat (18), et tendant à obtenir une condamnation pécuniaire (19). — Différences entre la novation volontaire et la *litiscont.* Cette dernière laisse subsister les droits réels accessoires, les privilèges, n'arrête pas le cours des intérêts et ne purge pas la demeure du débiteur (20).

VI. Détermination du moment où le juge doit se reporter pour apprécier : 1° Si le défendeur doit être condamné; 2° A quelle somme il doit être condamné. — 1re question. Pour que le défendeur soit condamné, il faut que le droit du demandeur existe au jour de la *lit. cont.* (21). Exceptions apparentes (22). Il importe peu en principe, que le droit du demandeur se soit éteint pendant le procès. Exemples (23). — Exceptions. — *a)* Perte de la chose par cas fortuit sans dol, faute, ni *mora* du défendeur (la *lit. cont.* ne le met pas nécessairement en demeure, s'il est de bonne foi) (24). — *b)* Les Sabiniens qui l'emportèrent, décidaient que le défendeur devait être absous dans toutes les actions, lorsqu'il avait, avant la sentence, donné satisfaction au demandeur *(omnia judicia sunt absolutoria)* (25). — 2e question. La condamnation devra être aussi avantageuse pour le demandeur que si elle avait été prononcée au jour de la *lit. cont.* Application de ce principe au cas de perte ou de détérioration fortuite de la chose, de changement

(15) G., III, § 180; IV, §§ 106, 107. — (16) Voy. L. 11, § 7, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. — L. 23, D., *De sol.*, 46, 3. — (17) L. 28, L. 60, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — L. 27, D., *De pign.*, 20, 1. — (18) L. 3, § 11, D., *De peculio*, 15, 1. — (19) G., III, § 180. — (20) L. 29, D., *De novat.*, 46, 2. — L. 11, § 4, D., *De pign.*, 20, 1. — L. 35, D., *De usuris*, 22, 1. — (21) L. 23, L. 35, D., *De jud.*, 5, 1. — (22) L. 18, § 1, L. 41. pr., D., *De hered. pet.*, 5, 3. — L 27, § 1, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 7, § 4, D., *Ad exhib.*, 10, 4. — L. 9, § 5, D., *De pigner. act.*, 13, 7. — L. 30, pr., D., *De peculio*, 15, 1. — (23) L. 18, D., *De reiv.*, 6, 1. — J., IV, 17, § 3. — L. 8, § 4, D., *Si serv. vind.*, 8, 5. — L. 37, L. 38, pr., D., *De nox. act.*, 9, 4. — L. 139, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (24) L. 20, pr., D., *De hered. pet.*, 5, 3 — L. 17, § 1, D, *De reiv*, 6, 1. — L. 7, § 5, D., *Ad exhib.*, 10, 4. — (25) G., IV, § 114. — J., IV, 12, § 2. — Voy. L. 23, § 3, D., *De cond. indeb.*, 12, 6.

Digitized by Google

dans sa valeur vénale ; application aux accessoires de la chose (26) (sauf les intérêts, règle spéciale) (27).

SECTION IV. — *De la procédure in judicio.*

1° *Collatio* ou *conjectio litis*, exposé sommaire des moyens (1). — 2° *Peroratio*, plaidoieries. — 3° Administration des preuves. — 4° Péremption de l'instance. — 5° Sentence. — 6° Voies de recours. — 7° Autorité de la chose jugée.

§ 1. — DES PREUVES.

A) A qui incombe le fardeau de la preuve ? — Maximes : *Actori incumbit onus probandi* (1). — *Reus excipiendo fit actor* (2). — *B*) Moyens de preuve. En principe tous les moyens de preuve sont admis ; on ne trouve quelques traces de réglementation à cet égard que sous le Bas-Empire. 1° Preuve testimoniale. On finit par repousser le témoignage d'un témoin unique (3) ; par exiger dans divers cas un nombre déterminé de témoins (4) ; le témoignage est difficilement admis contre la preuve écrite (5) ; il est prohibé dans certains cas (6). — 2° Preuve littérale. Les écrits ne font foi contre les tiers que s'ils ont été rédigés en présence de trois témoins ou rédigés par un *tabularius*, ou insérés dans les registres publics (7). — 3° Aveu (8). — 4° Serment. Le serment peut être déféré par l'une des parties à l'autre, soit *in jure*, soit *in judicio* (serment décisoire ; la partie requise doit le prêter ou le référer, autrement elle perd son procès (9). On n'est pas recevable à prouver la fausseté du serment prêté, mais le parjure est puni criminellement (10). — Le serment peut aussi être déféré par le juge (serment

(26) L. 14, § 1, D., *Depositi*, 16, 3. — L. 82, § 1, D., *De V. O.*, 45, 1. — L. 2, L. 3, § 1, L. 38, § 7, D., *De usuris*, 22, 1. — L. 31, pr., D., *De reb. cred.*, 12, 1. — L. 8, D., *De re judic.*, 42, 1. — (27) Voy. plus haut, p. 183, n. 27.

(1) L. 21, *in fine*, D., *De probationibus*, 22, 3. — J., IV, 15, § 4. — J., II, 20, § 4. — (2) L. 2, D., *De prob.*, 22, 3. — L. 1, D., *De except.*, 44, 1. — (3) L. 9, C., *De testibus*, 4, 20. — (4) L. 12, D., *De test.*, 22, 5. — L. 15, § 1, L. 18, C., *eod.*, 4. 20. — (5) L. 1, C., *eod.* — P., V, 15, § 3. — (6) L. 10, L. 11, C., *De nat. lib.*, 5, 27. — L. 17, C., *De fide instrum.*, 4, 21. — (7) L. 6, C., *De re judic.*, 7, 51. — Voy. les textes cités par Maynz, § 154, notes 12 à 17. — (8) D., *De confessis*, 42. 2. — (9) L. 38, D., *De jure jurando*, 12, 2. — (10) L. 21, L. 22, D., *De dolo malo*, 4, 3. — L. 31, *in fine*, D., *De jurejur.* 12, 2. — L. 2, C., *De jurejur.*, 4, 1.

Digitized by Google

supplétoire); on peut le décliner, en offrant la preuve du fait, et la fausseté du serment prêté peut être prouvée (11). Sous Justinien le serment ne peut être déféré, selon nous, qu'avec l'approbation du juge (12).

§ 2. — De la péremption de l'instance.

Les *judicia legitima*, instance engagée à Rome, entre citoyens romains, devant un juge unique citoyen romain, s'éteignent par le laps de 18 mois. — Les *judicia imperio continentia* (autres instances) durent jusqu'à l'expiration des fonctions du magistrat qui a délivré la formule (13).

§ 3. — De la sentence.

Le juge doit se conformer exactement aux instructions qui lui sont données dans la formule (14), sans quoi il fait *le procès sien* (15); il doit juger selon le droit, son *office* varie d'ailleurs suivant la nature de l'action. — La sentence, portant absolution, ou condamnation à une somme d'argent, est motivée (16) et lue en présence des parties (17). Elle peut être conditionnelle dans certains cas exceptionnels (18).

§ 4. — Des voies de recours contre les jugements.

1° Révocation *in duplum;* action par laquelle le condamné *non contumax* conteste la validité du jugement (19); le jugement est en effet nul de droit s'il a été rendu par dol ou s'il viole formellement la loi (20). — 2° Restitution *in integrum*, en cas de jugement rendu contre un mineur, ou sur pièces fausses (21). — 3° *Intercessio* d'un magistrat (22). — 3° Appel, introduit par Auguste (23). Il est

(11) Quintilien, *Inst. or.*, V, 6. — L. 31, D., *De jurejur.*, 12, 2. — (12) L. 12, § 1. C., *De jurejur.*, 4, 1, *verbis : et a judice adprobatum.* — (13) G., IV, §§ 104, 105. — L. 49, § 1. D., *De judiciis*, 5, 1. — (14) Cic. *In Cecil. div.*, 17. — *In Verrem*, 2, II, 12. — (15) Voy. *supra* p. 1 8, n. 2. — (16) Arg. L. 7, D., *De comp.*, 16, 2. — L. 9, pr., L. 17, L. 18, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. — L. 1, § 2, D., *Quæ sent.*, 49, 8. — (17) L. 49, pr., D., *De re judi.*, 42, 1. — (18) L. 40, D., *Ad leg. Aq.*, 9, 2. — L. 1, § 5, D., *Quando app.*, 49, 4. — (19) L. 4, § 6, D., *De re judic.*, 42, 1. — Cic. *Pro Flacco*, 21. — P., V, 5a, § 7. — (20) L. 19, D., *De appel.*, 49, 1. — L. 7, C., *Quando prov.*, 7, 64. — L. 74, § 2, D., *De judiciis*, 5, 1. — L. 47, pr., D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 1, § 3. D., *Quæ sent.*, 49, 8. — (21) C., *Si adv rem. jud.*, 2, 27. — C., *Si ex falsis inst.*, 7, 58. — (22) Cic., *Pro Tull.*, 4, 38. — *Pro Cluent.*, 27. — L. 58, D., *De judiciis*, 5, 1. — Tite-Live, VI, 27. — Tab. Salp., 27. — (23) Suétone, *Oct. Aug.* 33.

Digitized by Google

porté devant le magistrat qui a délivré la formule, ou devant le magistrat supérieur, s'il s'agit d'une *cognitio extraordinaria* (24). Il est formé dans le délai de deux jours utiles, par devant le juge dont la sentence est attaquée, qui délivre alors à l'appelant des *litteræ dimissoriæ* et une copie du jugement (25). — L'appel est suspensif (26); l'appelant qui succombe encourt une peine pécuniaire (27).

§ 5. — De l'autorité de la chose jugée. (D., *De exceptione rei judicatæ*, 44, 2.)

Notions générales. — Il importe que les difficultés tranchées par un jugement ne puissent être soulevées de nouveau (1). — Moyens employés pour assurer l'autorité de la chose jugée. *a*) Le demandeur, qui a obtenu gain de cause, intente l'action *judicati*, qui est au double, et dans laquelle le juge recherche seulement s'il y a eu condamnation (2). — *b*) Le défendeur est protégé contre le renouvellement du procès par le principe de la consommation du droit déduit en justice, consommation qui s'opère *ipso jure* quand l'action est un *judicium legitimum*, *in jus* et *in personam*, et, dans les autres cas, par l'exception *rei in judicium deductæ*, ou par l'exception *rei judicatæ* (3). — L'exception *rei in jud. ded.* peut être seule invoquée lorsqu'il n'y a pas eu de jugement (instance périmée, ou encore pendante), et lorsque le demandeur a succombé par l'effet d'une exception dilatoire, ou de la *plus petitio* (4), enfin elle peut seule être invoquée par le défendeur qui a perdu le premier procès. L'exception *rei jud.* fait double emploi avec l'exception *rei in jud. ded.*, lorsqu'elle n'a pour but que d'empêcher le demandeur de recommencer le procès (fonction purement négative), mais elle joue un rôle qui lui est propre lorsque, par exemple, dans une action réelle, le défendeur condamné se porte demandeur ; son adversaire alors invoquera l'autorité de la chose jugée en sa faveur, au moyen de l'exception *rei*

(24) L. 1, pr., L. 3, D., *Quis a quo app.*, 49, 3. — (25) L. 1, § 4, D., *De appel.*, 49, 1, etc. — (26) L. 6, D., *De appel. rec.*, 49, 5. — (27) P., V, 33, §§ 1, 2, 3, 8.

(1) L. 6, D. — (2) L. 1, pr., D., *Quæ sent. sine app.*, 49, 8. — L. 75, D., *De judiciis*, 5, 1. — (3) G., IV, §§ 106, 107. — 4) Arg. G., IV, § 123.

Digitized by Google

judicatæ (fonction positive) (5). — L'autorité de la chose jugée fut donc assurée d'abord d'une manière incomplète par le principe de la consommation du droit par la *litis cont.*, puis d'une façon complète par l'exception *rei judicatæ* dans sa fonction positive.

A) Consommation du droit. Pour que le défendeur puisse invoquer cette consommation, il faut que le droit réclamé par l'action ait déjà été déduit *in judicium*, et par conséquent il faut qu'il y ait entre les deux droits identité de nature, de cause (5 *bis*), d'objet et de sujets (exception, quant à ce dernier point, en matière de corréalité et d'*ad-promissio*). Application de ces principes ; rôle des prescriptions (6). Règle *pars est in toto* (7). — Sous Justinien l'exception *rei in jud. ded.* a disparu (8).

B) De l'exception *rei judicatæ* dans sa fonction positive. — *Res judicata pro veritate habetur* (9). Conditions requises pour que cette règle s'applique.

a) Conditions de forme. 1° Il faut un *jugement ;* la sentence arbitrale n'a pas l'autorité de la chose jugée (10). — 2° Que le jugement ne soit ni frappé d'appel, ni nul de droit (11). — 3° Qu'il soit définitif et non pas provisoire (12). — 4° Les motifs d'un jugement peuvent avoir l'autorité de la chose jugée, lorsqu'ils sont inséparables du dispositif (13).

b) Conditions de fond. 1° Il faut que la *question* soumise au second juge, soit la même que celle qui a été tranchée par le premier (14). Il vaut mieux adopter cette formule que d'analyser en exigeant : *eadem res* et *eadem causa*

(5) L. 15, L. 16, D. — (5 *bis*) L. 11, §§ 1, 2, 4. L. 14, §§ 1, 2, L. 25, pr., D. — (6) G., IV, §§ 130 à 132. — (7) L. 7, D. — G., IV, § 53, édit *Studemund.* — Voy. L. 11, § 6, L. 21, § 3, D. — (8) Arg. J., IV, 13, § 5, comp. à G., III, § 181. — (9) L 207, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (10) P., V, 5a, § 1. — (11) L. 32, D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 1, C., *eod.* 7, 52. — L. 19, D., *De appel.*, 49, 1. — L. 2, C., *Quando prov. non. est necesse*, 7, 64. — L. 1, § 2, D., *Quæ sent.*, 49, 8. — L. 1, § 1, L. 2, § 1, D., *eod.* — L. 5, L. 6, C., *De sententiis*, 7, 45. — L. 1, L. 7, C., *Quando prov.*, 7, 64. — Comp. Art. 352-362, C. pr. — Voy. P., V, 5a, § 7. — (12) L. 5, §§ 8, 9, D., *De agnos. lib.*, 25, 3. — (13) Voy. Savigny, *Système*, t. VI, § 291 à 295. — Goudsmit, p. 330, note 2, *in fine*. — L. 17, 18, L. 9, D. — L. 8, § 2, D., *Neg. gest.*, 3, 5. — (14) L. 3, L. 7, § 4, L. 27, L. 31, L. 5, L. 15, L. 30, § 1, D. — L. 40, § 2, D., *De procur.*, 3, 3.

Digitized by Google

petendi (15). — 2° Il faut que l'action s'exerce entre les mêmes parties (16) ou leurs ayants-cause, même à titre particulier, pourvu que leur acquisition soit postérieure au premier jugement (17). — Exceptions (18).

SECTION V. — *Des voies d'exécution.*

I. Époque des actions de la loi. (Voy. *Résumé*, t. I, p. 21.)

II. *Procédure formulaire.* Délais accordés au débiteur pour s'exécuter. Loi des XII tables, trente jours. Le Préteur donna deux mois (1).

A) *Action judicati.* — Cette action est donnée contre le débiteur qui conteste l'existence ou la validité du jugement. Le défendeur doit fournir la *cautio judicatum solvi*, et, s'il succombe, il est condamné au double (2).

B) *Exécution sur la personne.* La *manus injectio* est tombée en désuétude, mais l'*addictio* du *judicatus* à son créancier subsiste; le créancier conserve le droit de tenir son débiteur *in carcere privato* jusqu'à l'acquittement de la dette (3). — Le débiteur, non frauduleux, évite l'emprisonnement en faisant cession de biens à ses créanciers (4); l'emprisonnement est donc peu usité; et, sous Justinien, il ne peut s'exercer que dans les prisons publiques (5).

C) *Exécution sur les biens.*

1° *Bonorum sectio.* — C'est la vente en bloc faite par l'État, aux enchères publiques, du butin, des biens confisqués ou d'une succession vacante (6). — L'acquéreur devient propriétaire *ex jure quir.* (7). Lorsqu'elle porte sur

(15) L. 12, L. 13, L. 14, D. — Art. 1351. — Voy. Savigny, t. VI, p. 302, 447. — (16) L. 7, § 4, D. — L. 63, D., *De re jud.*, 42, 1. — (17) L. 9, § 2. D. — L. 33, D., *De re jud.*, 42, 1. — Voy. Aubry et Rau, t. VI, § 769. — (18) L. 3, pr., D., *De pign.*, 20, 1, — L. 50, § 1, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 1, § 16, L. 2, L. 3, D., *De agnos. lib.*, 23, 5. — Voy. Maynz, t. I, § 155. notes 39 à 44.

(1) Aulu-Gelle, XX, 1. — L. 3, § 1, C., *De usur. rei jud.* 7, 54. — (2) G., IV, §§ 9, 25, 102. — (3) Cic., *Pro Flacco*, 20. — Aulu-Gelle, XX, 1, 51. — (4) D., *De cess. bon.*, 42, 3. — C., *Qui bonis ced. pos.*, 7, 71. — C. Th., *Qui bonis cedere*, 4, 20. — (5) L. 1, L. 2, C., *De priv. carc.*, 9, 5. — (6) Cic. *De invent.*, I, 45; *Pro Ros. Amer.*, 43. — Florus, II, 6, n° 48. — C., *De fid. et jur. hast.*, 10, 3. — (7) L. 3, C., *eod.* — Varron, *De re rustica*, 2, 10.

Digitized by Google

un ensemble de biens, l'acheteur succède aux créances et dettes de celui dont le patrimoine a été vendu (8). Il a, contre les tiers détenteurs des biens vendus, l'interdit *sectorium* (9).

2° *Bonorum venditio.* Vente en masse des biens d'un débiteur, moyennant un dividende à payer par l'*emptor bonorum.* — *a) Origine historique.* Cette institution, imitée probablement de la *Sectio bonorum*, fut introduite par le Préteur *Rutilius* (1). — *b) Cas d'application.* Contre le *judicatus*, le *confessus in jure*, l'*indefensus*, et celui *qui fraudandi causa latitat*, l'adrogé non défendu par son *pat. fam.* (2), lorsque aucun héritier ne se présente pour recueillir une succession, enfin dans le cas de cession de biens (3). — *c)* Formalités : 1° Envoi en possession des biens du débiteur, prononcé par le magistrat sur la requête d'un créancier (4). Effets. Elle profite à tous les créanciers (5), leur assure un droit de préférence à l'égard des créanciers postérieurs à la *missio in possessionem*, car ils obtiennent ainsi un *prætorium pignus* (6) ; ils administrent et plaident par l'intermédiaire d'un *curateur* (7) ; ils sont protégés dans leur détention par un interdit (8). — 2° Publications par voie d'affiches, *(proscriptiones)* (9). — 3° Nomination, au bout de quinze ou trente jours, suivant qu'il s'agit des biens d'un mort ou d'un vivant, d'un *magister bonorum*, qui rédige le cahier des charges (*lex bonorum vendendorum*) (10) qui est aussi affiché ; enfin au bout d'un nouveau délai de vingt ou de trente jours, vente en bloc. — *d)* Effets de la *venditio bonorum :* 1° Relativement au *bonorum emptor :* il succède au patrimoine du *defraudator*, il exerce les actions au moyen, soit de l'action *Rutiliana (intentio* au nom du *defraudator, condemnatio*

(8) L. 41, D., *De jure fisci*, 49, 14. — (9) G., IV, § 146. — L. 65, D., *Pro socio*, 17, 2.

(1) G., IV, § 35. — (2) Voy. *supra*, p. 20, note 7. — (3) L. 1, pr., D., *De cur. bon. dando*, 42, 6. — G., III, § 78. — (4) L. 4, D., *De jurisd.*, 2, 1. — (5) L. 12, pr., D., *De reb. auct. jud.*, 42, 5. — (6) L. 26, D., *De pigner. act.*, 13, 7. — L. 5, §§ 3, 4, D., *Ut. in pos. leg.*, 36, 4. — L. 2, C., *De præt. pign.*, 8, 22. — (7) L. 14, pr., D., *De reb. auct. jud.*, 42, 5. — (8) L. 1, pr., § 3, D., *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, 43, 4. — (9) G., III, § 79. — Cic., *Pro Quintio*, 15. — (10) G., III, § 79. — Théoph., III, 12, pr.

Digitized by Google

au nom du *b. emptor)*, soit au moyen de l'action *Serviana*, fictice de la qualité d'héritier (11). Il a l'*in bonis* des choses corporelles (12), et en prend possession par l'interdit *possessorium* (13). Il paie au *magister bonorum* (14) le dividende promis. — 2° Relativement au *defraudator*. Il est noté d'infamie, à moins (ce qui arrivera presque toujours) qu'il n'ait fait cession de biens (15). S'il acquiert de nouveaux biens, ils pourront être saisis et vendus, sauf ce qui est nécessaire à sa subsistance, s'il a fait cession de biens (16). Aucune action *ex ante gesto* ne peut être intentée ni par lui, ni même contre lui, ce qui le met à l'abri de la contrainte par corps, à moins qu'il ne soit coupable de fraude (17). — Inconvénients de la *venditio bonorum*.

3° *Bonorum distractio*. — Saisie en masse, mais vente en détail. D'abord introduite en faveur des *personæ claræ* (18) auxquelles elle évite l'infamie; plus tard, elle fut généralisée et réglementée par Justinien (19). — La vente n'est possible qu'après l'expiration du délai de deux ans.

4° *Pignus ex causa judicati captum*. Saisie spéciale; (voy. plus haut, p. 204, n. 9) (20).

Section VI. — *De la peine des plaideurs téméraires*. (J., IV, 16).

Pour diminuer le nombre des procès, la législation romaine emploie divers procédés.

1° Moyens moraux. *Jusjurandum calumniæ*, serment portant que l'on n'agit pas par chicane (1). — Infamie, lorsqu'on est condamné pour dol dans les actions de fiducie, société, tutelle, mandat et dépôt (2).

2° Peines pécuniaires. — *Judicium calumniæ* et *contrarium judicium*, ce dernier dans certains cas seule-

(11) G., IV, § 35. — (12) G., III, § 80. — (13) G., IV, § 145. — (14) Arg. Théoph. III, 12, pr. — L. 22, § 10, D., *Mandati*, 17, 1. — (15) G., II, § 154. — L. 11, C., *Quib. ex caus. inf.*, 2, 12. — (16) L. 6, D., *De cess. bon.*, 42, 2. — (17) L. 4, D., *De curat. bon.*, 42, 7. — L. 40, D., *De op. lib.*, 38, 1. — L. 25, § 7, D., *Quæ in fraud.*, 42, 8. — (18) L. 5, D., *De cur. fur.*, 27, 10. — (19) Voy. J., II, 19, § 1. — L. 10, C., *De bonis auct jud.*, 7, 72. — (20) Voy. L. 31, D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 1, C., *Si in causa jud.*, 8, 23.

(1) L. 2, §§ 6, 7, C., *De jur.*, 2, 59. — J., § 1. — (2) J., § 2. — G., IV, § 182. — L. 6, § 7, § 5, D., *De his qui not.*, 3, 2.

Digitized by Google

ment (3). Le défendeur obtient une indemnité pécuniaire. — *Sponsio* et *restipulatio;* chacune des parties s'engage à payer à l'autre une certaine somme, en cas de perte du procès (4). — Cas dans lesquels *lis infitiando crescit in duplum* (5). — Enfin, *plus petitio.*

De la plus petitio (6).

Le demandeur exagère sa prétention.

A) Plus petitio dans l'*intentio;* elle entraîne la perte du procès, si l'*intentio* est *certa.* De plus, le droit est consommé. Dans certains cas l'on permet de revendiquer une *incerta pars* (7), et quelquefois le Préteur accordait la *rest. in int.* (8). — *Plus petitio* RE, exagération de l'objet réclamé; — *tempore*, action prématurée ; *quid,* si l'on a demandé avant l'arrivée de la condition (9) ? — *loco*, demande formée en un lieu où le paiement n'est pas exigible (10) ; — *causa* (en cas de dette alternative). — Si l'*intentio* est *incerta,* pas de *plus petitio* possible ; si le créancier a agi avant le terme, le débiteur obtiendra son absolution en s'obligeant à payer au terme (11), ou bien on le condamnait *à payer au terme* (12).

B) Plus petitio dans la *demonstratio*. En principe elle n'est pas préjudiciable, sauf dans les actions *in factum,* dans lesquelles la *demonstratio* se confond avec l'*intentio* (13).

C) Exagération dans la *condemnatio*. Le défendeur peut se faire restituer contre le préjudice qui en résulte (14).

De la minus petitio. — Le demandeur conserve action pour le surplus; mais il doit attendre, pour le réclamer, l'expiration des pouvoirs du Préteur; il se verrait repoussé par l'exception *litis dividuæ* (15), s'il réclamait avant ce délai.

(3) G., IV, § 174 et s. — (4) G., IV, § 180 et s. — (5) G,, IV, § 171. — J., § 1. — (6) J., IV, 6, §§ 33, 35. — G., IV, §§ 53 à 60. — (7) G., IV, § 54. — L. 76, § 1, D., *De reiv.*, 6, 1. — (8) J., § 33. — G., § 53. — (9) J., § 33. — L. 13, § 5, D., *De pign.*, 20, 1. — L. 43, § 9, D., *De Ædilitio edicto,* 21, 1. — L. 36, D., *De sol.*, 46, 3. — L. 3, D., *Si pars hered. pet.*, 5, 4. — (10) Voy. plus haut p. 146, *in fine* et 147. — (11) Arg. L. 41, D., *De jud.*, 5, 1. — (12) L. 4, § 5, D., *De re jud.*, 42, 1. — (13) G., IV, § 60.— (14) G., IV, § 57. — (15) G., IV, § 122.

Digitized by Google

SECTION VII. — *De la représentation dans les procès* (1).

Principe ancien : *nemo alieno nomine lege agere potest.* Exceptions anciennes (2).

Époque classique. On peut plaider pour autrui comme tuteur, curateur, *cognitor* ou *procurator.* — Le *cognitor* est constitué *in jure, certis verbis* et *coram adversario* (3). — Le *procurator* est un mandataire ou un simple gérant d'affaires. — Dans tous les cas la formule est modifiée en ce que la *condemnatio* renferme le nom du représentant, et non celui du représenté (4). Cependant l'action *judicati*, est donnée à ou contre la personne représentée par un *cognitor* (5). — Plus tard, le *procurator præsentis* fut assimilé au *cognitor ;* quant au *procurator absentis*, l'action *judicati* est donnée à lui-même ou contre lui (6) ; aussi doit-il toujours fournir comme demandeur la *cautio de rato* (7) ; les tuteurs et curateurs finirent par en être dispensés (8). Tous les représentants, s'ils sont défendeurs, doivent la caution *judicatum solvi* (9) même le *cognitor*, mais, dans ce dernier cas, c'est le représenté qui la fournit (10). — Certaines personnes ne peuvent plaider pour autrui, on leur opposerait les exceptions *procuratoriæ* et *cognitoriæ* (11).

SECTION VIII. — DES SATISDATIONS A FOURNIR DANS LES PROCÈS.

1° De la part de ceux qui plaident *alieno nomine* (Voy. Section précédente, texte et notes 7 à 10).

2° De la part de ceux qui plaident pour eux-mêmes. Tout défendeur dans une action réelle, et quelques défendeurs dans les actions personnelles, doivent la *cautio judicatum solvi* (12).

(1) J., IV, 10. — G., IV, § 82 et s. — V., § 317 et s. — (2) Mêmes textes et Cicer. *In Cæcil.*, 4, 16 et 20. — (3) G., IV, § 83. — (4) G., IV, §§ 86, 87. — (5) V., § 317. — (6) V., §§ 317, 331, 332. — L. 61, D., *De proc.*, 3, 3. — (7) Voy. plus haut, p. 172, n. 2. — (8) L. 23, D., *De adm. et per.*, 26, 7. — (9) Voy. plus haut, p. 172, n. 3. — (10) G., IV, § 101. — (11) L. 1, §§ 3, 6, 8, 12, D., *De postul.*, 3, 1. — G., IV, § 124. — J., IV, 13, § 1, — (12) Voy. plus haut, p. 172, note 2. — G., IV, § 102.

Digitized by Google

CHAPITRE II

MODIFICATIONS SOUS LE SYSTÈME DES JUDICIA EXTRAORDINARIA.

§ 1. — Cas ou, a l'époque formulaire, on suivait déja la procédure extra ordinem (1).

Exemples : Fidéicommis (2). Honoraires (3). — Les causes fiscales (4). — Les appels, etc. Les cas se multiplient de plus en plus.

§ 2. — Suppression du régime formulaire.

La distinction du *jus et du judicium* est abolie par Dioclétien (5). Les magistrats jugeront eux-mêmes ; ils pourront aussi renvoyer à des *magistrats* inférieurs leurs délégués *(judices pedanei)*, sauf dans les cas où antérieurement il y avait déjà lieu à une *cognitio extraordinaria.*

§ 3. — Introduction de l'instance.

La *vocatio in jus* se fait généralement par un *libellus conventionis* que le magistrat, à la requête du demandeur, fait signifier au défendeur par un huissier (*exsecutor litium*) (6).

§ 4. — *Litis contestatio.* Elle se produit au moment où les parties posent leurs conclusions devant le magistrat (7). Elle n'éteint plus le droit déduit en justice (8). Les exceptions *péremptoires* peuvent être invoquées jusqu'à la sentence et même en appel (8 *bis*).

§ 5. — *Péremption d'instance.* Sous Justinien elle s'opère par trois ans depuis la *litis contestatio ;* elle a lieu de plein droit. Le droit subsiste d'ailleurs, et ne se prescrit que par quarante ans à partir du dernier acte de procédure (9).

(1) L. 5, pr., D., *De extraord. cogn.*, 50, 13.— (2) G., II, § 278.— (3) L. 1, pr., D., *De extraord. cogn.*, 50, 13. — (4) L. 2, L. 3, C., *De jure fisci*, 10, 1. — (5) L. 2, C., *De pedan. jud.*, 3, 3. — (6) N. 53, 95, 112. — (7) L. 1, C., *De lit. cont.*, 3, 9. — L. 14, § 1. C., *De jud.*, 3, 1. — (8) L. 28, C., *De fidej.*, 8, 41. — L. 1, C., *De plus pet.*, 3, 10. — (8 *bis*) L. 2, C., *Sententiam rescindi*, 7, 50. — (9) L. 13, § 1, C., *De jud.*, 3, 1. — L. 1, § 1, C., *De annali except.*, 7, 40.

Digitized by Google

§ 6. — De la sentence.

Le juge peut condamner à la chose même (10). Le demandeur lui même peut être condamné (11) ; les frais de l'instance sont à la charge du perdant (12).

§ 7. — Des voies de recours.

Le délai de l'appel est de dix jours à partir de la sentence prononcée (13). Il est restreint à deux degrés (14). Les moyens omis en première instance peuvent être opposés en appel (15).

§ 8. — Des voies d'exécution.

La *bonorum venditio* a disparu, elle est remplacée par la *distractio bonorum,* saisie en masse, mais vente en détail, et par le *pignus ex causa judicati captum.*

§ 9. — Peine des plaideurs téméraires.

Les moyens anciens de prévenir la chicane sont tombés en désuétude. Justinien exige le serment des parties, des avocats et du juge (16).— La *plus petitio* n'entraîne plus la perte du droit, mais le demandeur, s'il a devancé le terme, en subit un deux fois plus long (17). Dans les autres cas de *plus petitio,* le demandeur paie au défendeur le triple du salaire payé aux *executores litium* (18).

§ 10. — Des cautions.

Le *procurator absentis* reste soumis aux anciennes règles. — Le *dominus litis* se porte fidéjusseur du *procurator præsentis* et s'engage par la *cautio judicatum solvi.* Le défendeur, plaidant pour lui-même, doit promettre de ne pas faire défaut (19).

(10) L. 17, C., *De fid. lib* , 7, 4. — J., IV, 6, § 32. — (11) L. 18, § 4, C., *De sent. et interloc.*, 8, 45. — (12) L. 13, § 6. C., *De jud.*, 3, 1. — (13) N. 23, j. pr. et c. 1.— (14) L. *unic.* C., *Ne liceat in una causa*, 7, 70.— (15) L. 6, § 1, C., *De appel.*, 8, 62. — (16) L. 2, pr., §§ 4, 6, 7, C., *De jurjur.*, 2, 59. — L. 14, § 1, C., *De jud.*, 3, 1. — N. 124, c. 1. — (17) L. 1, § 1, C., *De plus pet.*, 3, 10. — (18) J., IV, 6, §§ 24, 25, 33. — L. 2, C., *De plus pet.*, 3, 10. — (19) J., IV, 11, § 2-7.

Digitized by Google

TITRE II

Classification des actions, exceptions, interdits, restitutions en entier. — Détails sur les actions, exceptions, interdits qui n'ont pu être étudiés précédemment.

CHAPITRE I (J., IV, 6.)

Notions générales. — Actio est jus persequendi judicio quod sibi debetur (1). Cette définition ne s'applique, selon nous, qu'aux actions personnelles (2). Le mot action, *lato sensu* signifie soit la faculté de recourir à la justice pour faire respecter son droit, soit ce recours lui-même, soit enfin les formes (procédure) dans lesquelles il s'exerce. Dans la classification suivante, ce mot est pris surtout dans les deux derniers sens.

§ 1. — Actions civiles, actions honoraires (3).

Les actions honoraires sont nécessairement, selon nous, fictices ou *in factum* (4). Le Préteur se sert du premier procédé lorsqu'on se trouve dans un cas très voisin de celui que prévoit le droit civil. Les actions honoraires (non encore intentées) sont généralement annales (5).

§ 2. — Actions fictices, actions non fictices.

Les actions fictices sont généralement prétoriennes ; cependant il y en a de civiles (6). Actions fictices *affirmatives* d'un fait imaginaire, ex : Publicienne, action du *bonorum emptor,* actions fictices de la qualité de citoyen

(1) L. 51, D., *De obl. et act.*, 44, 7. — J., pr. — (2) *Sic* Ortolan, nº 1926. — (3) J., § 3, et IV, 12, pr. — L. 25, § 2, D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 7, § 1, D., *De justicia et jure*, 1, 1. — (4) L. 1, pr., D., *De præscript. verb.* 19, 5. — L'action *Rutilienne* peut être considérée comme fictice, en ce qu'elle feint dans la *condemnatio* que le mandataire soit titulaire du droit déduit dans l'*intentio* au nom du mandant. — G., IV, § 35. — (5) Voy. plus haut, p. 156, n. 2. — (6) G., IV, §§ 34-38, et II, § 253. — *Lex Rubria*, c. 20. — J., IV, 17, pr.

Digitized by Google

romain. Actions fictices *rescisoires*, ex. : actions contre l'adrogé (7).

§ 3. — Actions *in jus*, actions *in factum*.

Dans le premier cas l'*intentio* pose au juge une question de droit (8). — Intérêts : l'*intentio* et la *demonstratio* se confondent dans les actions *in factum ;* conséquences (9) ; un fils de famille peut intenter une action *in factum* (10) ; on donne une action *in factum* contre ceux contre qui il ne serait pas convenable de donner l'*actio de dolo* (11). — Quelques actions ont une double formule, *in jus* ou *in factum* (12).

§ 4. — Actions directes, actions utiles.

Différents sens du mot *directes*. Ici, *action directe* signifie l'action donnée pour le cas précis pour lequel elle a été imaginée ; l'action *utile* est la même action donnée, *utilitatis causa*, dans un cas qui ne réunit point toutes les conditions requises pour l'action directe ; c'est l'extension d'une règle à des cas qui rentrent dans son esprit plutôt que dans sa lettre (13). Exemples (14). — Les actions utiles sont *fictices* ou *in factum* (15). — Les actions utiles sont régies par les mêmes principes que les actions directes dont elles ne sont que l'extension (16).

§ 5. — Actions préjudicielles *(præjudicia)*, actions non préjudicielles (17).

Ce sont des actions dont la formule ne contient pas de *condemnatio ;* le demandeur pose au juge une question, pour tirer ultérieurement des conséquences de la solution qui interviendra. — *a) Præjudicia* relatifs à l'état des personnes : 1° *P. de libertate* et *P. de libertinitate* (18).

(7) Mêmes textes et *supra*, p. 20, n. 6. — (8) G., IV, § 46. — L. 1, pr., D., *De præs. verb.*, 19, 5. — (9) Voy. plus haut, p. 218, n. 3, et p. 229, n. 13. — (10) L. 13, D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 9, D., *eod.* — L. 18, § 1, D., *De jud.*, 5, 1. — L. 10, L. 11, D., *De inj.*, 47, 10. — L. 19, D., *Depositi*, 16, 1. — L. 19, D., *Quod vi aut. clam.*, 43, 24. — (11) L. 11, § 1, D., *De dolo malo*, 4, 3. — (12) Voy. *supra*, p. 83, n. 16 et s. — (13) L. 11, D., *De præscript. verb.*, 19, 5. — (14) Voy. *supra*, p. 106, n. 13 à 16 ; p. 76, n. 25, 28. — (15) G., II, § 253 ; IV, §§ 38. 34. cbn. avec U., 28, § 12. — L. 26, § 3, D., *De pact. dot.*, 23, 4. — L. 12, § 6, D., *Mandati*, 17, 1. — L. 46, *in fine*, D., *De hered. inst.*, 38, 5. — (16) L. 47, § 1, D., *De neg. gestis*, 3, 5. — (17) J., IV, 6, § 13. — G., IV, § 44. — (18) Voy. *Résumé*, t. I, p. 38, 39, n. 51, 52, 54.

Digitized by Google

2° *P. de matrimonio, P. de partu agnoscendo* (19). — Autres *præjudicia* (20). — *b) Præjudicia* relatifs au patrimoine : 1° *P. quanta dos sit* (21). 2° *P.* de la loi *Cicereia* (22) ; 3° *P. an bona jure venierint* (23) ; 4° *P. an institutus hereditatem deminuerit* (24) ; 5° *P. an res major sit centum sestertiis* (25).

§ 6. — Actions rei persequendæ, pœnæ persequendæ, mixtæ. (Voy. plus haut p. 109 et s.)

§ 7. — Actions au simple, au double, au triple, au quadruple. (Voy. plus haut p. 113 et s.)

§ 8. — Judicia, arbitria (26).

Le *judicium* est déféré à un *judex* choisi sur la liste ; il est relatif à une *pecunia certa,* plus tard peut-être à toute *res certa;* la question de droit posée au juge ne peut être résolue que par oui ou non ; la *plus petitio* est à redouter. — *Secus* dans les *arbitria,* le juge y jouit d'un plus large pouvoir. — Remarque : ne pas confondre cette division avec celle en actions de droit strict et de bonne foi ; la *condictio incerti* est un *arbitrium,* mais une action de droit strict ; c'est le *certum* de la demande qui donne à l'action le caractère d'un *judicium.* Les actions réelles sont des *judicia* quant à la *pronuntiatio,* mais ce sont des *arbitria* quant au *jussus* du juge et à la *condemnatio.*

§ 9. — Actions de droit strict, actions de bonne foi. (Voy. plus haut, p. 181 et s.)

§ 10. — Actions solidi persecutoriæ, actions non solidi persecutoriæ (27).

Dans ces dernières le demandenr n'obtient pas une condamnation égale à son droit. — Action *de peculio* (28) ; rétentions sur l'action *rei uxoriæ* (29) ; compensation (30) ;

(19) Voy. *Résumé,* t. I, p. 50, n. 66, 67. — (20) L. 1, § 2, D., *De reiv.*, 6, 1. — LL. 1, 2, 4, C., *Ne de stat. def.*, 7, 1. — (21) G., IV, § 44. — Voy. *supra,* p. 39, n. 20, et p. 186, n. 11. — (22) G., III, § 123. — (23) L. 30, D., *De reb. auct. jud.*, 42, 5.—(24) P., V, 9, § 1.—(25) Même texte.—(26) J., IV, 6, § 1. — Cic., *Pro Roscio com.*, 4. — Sénèque, *De beneficiis*, 3, 7. — (27) J., IV, 6, § 36. — (28) *Supra*, p. 126. — (29) *Supra,* p. 186, n. 12. - (30) *Supra*, p. 158 et s.

Digitized by Google

bénéfice de compétence, personnes auxquelles il appartient, ses effets (31).

§ 11. — JUDICIA LEGITIMA, JUDICIA IMPERIO CONTINENTIA (32).

§ 12. — ACTIONS DIRECTES, ACTIONS ADJECTITIÆ QUALITATIS. (Voy. plus haut, p. 124, Section II).

§ 13. — ACTIONS PERPÉTUELLES, ACTIONS TEMPORAIRES. (Voy. plus haut, p. 156, section IX et p. 164, § 3).

§ 14. — ACTIONS TRANSMISSIBLES AUX HÉRITIERS, ACTIONS NON TRANSMISSIBLES. (Voy. plus haut, p. 155, section VIII).

Remarque. Dans ces deux dernières divisions le mot action est pris dans le sens de droit de recourir à la justice.

§ 15. — ACTIONS POPULAIRES, ACTIONS NON POPULAIRES.

Pour mieux assurer la répression de certaines infractions, la loi accorde l'action pénale au premier venu, pourvu qu'il ne soit pas incapable de plaider pour autrui. L'intéressé a l'action de préférence. Exemples : actions *de sepulchro violato*, *de albo corrupto*, *de periculose suspensis* (33).

§ 16. — ACTIONS IN REM, ACTIONS IN PERSONAM.

Cette division est la plus importantes de toutes (34). — L'action personnelle est celle où le demandeur se prétend créancier. Toute autre action, et par conséquent même les actions relatives aux droits de famille, sont *in rem* (35). — Réfutation des autres *criteria*. — En principe le nom du défendeur ne figure pas dans l'*intentio* de la formule de l'action réelle ; exceptions (36), tandis qu'il s'y trouve

(31) L. *unica*, § 7, C., *De rei uxor. act.*, 5, 13. — L. 20, D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 35, pr., D., *De neg. gest.*, 3, 5. — L. 12, L. 13, D., *Sol. mat.*, 24, 3. — J., IV, 6, § 38. — L. 16 D, *De re jud.*, 42, 1. — L. 63, D, *Pro socio*, 17, 2. — L. 33, pr., D., *De donat.*, 39, 5. — L. 41, § 1, D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 2, D., *Quod cum eo*, 14, 5. — L. 6, pr., L. 18. D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 51, D., *eod.* — L. 19, § 1, *eod.* — L. 173, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (32) G., IV, §§ 103-109. — Voy. plus haut, p. 223, § 2 ; p. 221, n. 15 ; p. 224, n. 3, et t. I, p. 62, n. 91 ; p. 78. n. 24. — U., 11, § 24. — (33) D., *De pop. act.*, 47, 23, *passim*. — (34) J., IV, 6, § 1, § 15. — G., IV, §§ 2 à 6 et § 8. — L. 25, D., *De O. et Act.*, 44, 7. — (35) J., IV, 6, § 13. — (36) L. 12, L. 13, D., *Si serv. vind.*, 8, 5.

Digitized by Google

quand l'action est personnelle ; exceptions : action *quod metus causa (personalis in rem scripta)* ; les actions noxales, et l'action *ad exhibendum*, quoique personnelles, se donnent contre tout possesseur (37). Cette division s'applique même aux actions *in factum*. On peut avoir contre la même personne, à raison du même objet une action réelle et une action personnelle, ex. : commodant ; mais on ne peut *devenir* créancier de la *dation* de sa propre chose. Exception (38). Cette distinction présente de l'intérêt : 1° Au point de vue de la procédure et des satisdations (39). 2° De la compétence (40). 3° L'action réelle n'a point de *demonstratio* (41). 4° Elle est toujours arbitraire. 5° La *litis cont.* n'éteint pas *ipso jure* le droit (42). 6° L'*intentio* de l'action réelle est, en principe, *certa* (43).

Des actions mixtes (44). Justinien signale les actions divisoires comme présentant un caractère mixte, *tam in rem quam in personam*. Cela ne signifie pas que ces actions, ni aucunes autres, puissent être à la fois personnelles et réelles (45) ; les actions divisoires sont d'ailleurs personnelles (45 *bis*). Justinien ne fait pas non plus allusion au fait que le juge peut y trancher incidemment des questions de propriété (46), car ce sont là des cas exceptionnels ; ni à la circonstance que les deux parties y sont à la fois demanderesses et et défenderesses, car cela a aussi lieu dans certains interdits (47) ; d'ailleurs le *tam in rem quam in personam*, signifierait alors qu'il y a des actions de cette espèce même parmi les actions réelles, ce qui n'est pas exact. Ces expressions font allusion à l'*adjudicatio*, qui se présente dans les actions divisoires seulement et qui donne au juge pouvoir : *tam in rem (adjudicandam), quam in personam (condemnandam)* (48).

(37) L. 9, § 8, L. 14, § 3, D., *Quod metus causa*, 4, 2. — J., IV, 8, § 5. — L. 3, § 3, § 15, D., *Ad exhib.*, 10, 4. — (38) J., IV, 6, § 14; II, 1, § 20. — G., IV. § 4 — L. 4, § 1, D., *De reb. cred.*, 12, 1. — L. 1, § 2, L. 2, D., *De cond. trit.*, 13, 2. — (39) G., IV, § 16. — G., IV, §§ 91. 101, 102. — (40) Voy. *supra* p. 217, n. 7. — (41) G., IV, §§ 34, 36. — (42) *Supra*, p. 221, notes 15, 16 et p. 224, n. 3. — (43) *Supra*, p. 218, n. 12. — (44) J., IV, 6, § 20. — U., 19, § 16. — J., IV, 17, §§ 4, 5, 6, 7. — D., *Fin. regund.*, 10, 1. — *Fam. ercis.*, 10, 2.— *Com. div.*, 10, 3.— (45) Comp. C. pr., art. 39. — (45 *bis*) L. 1 § 1, C., *De annali except.*, 7, 40. — (46) L. 1, § 1, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — L. 1, D., *Fin. reg.*, 10, 1. — (47) L. 37, D., *De O. et Act.*, 44, 7. (48) Arg., J., IV, 6, § 2.

Digitized by Google

§ 17. — Actions arbitraires, actions non arbitraires (49).

Dans ces actions le juge, après avoir constaté le droit du demandeur *(pronuntiatio)* (49 *bis*), détermine, par un *arbitrium* ou *jussus* les satisfactions que doit fournir le défendeur pour être absous. La formule contient la clause : *nisi restituat, condemna* (50). Ce procédé atténuait les inconvénients du principe que toute condamnation était pécuniaire ; le défendeur en effet avait intérêt à restituer pour éviter la condamnation à une somme considérable. Dans l'*arbitrium*, le juge statuait *ex æquo et bono*, il ordonnait la restitution de la *res*, et de *omnis causa* (51). — L'*arbitrium* pouvait-il être exécuté *manu militari* à l'époque classique ? (Voy. plus bas, *revendication*).

Quelles actions sont arbitraires ? 1° Toutes les actions réelles (52). Justinien (IV, 6, § 31) ne parle que des actions réelles *prétoriennes*, d'où l'on peut conclure que la formule arbitraire prit naissance dans ces actions et fut ensuite étendue aux actions réelles civiles. — 2° Parmi les actions personnelles, sont arbitraires : l'action *ad exhibendum*, l'action *finium regundorum*, *de dolo*, *qnod metus causa*, *de eo quod certo loco*, l'action Paulienne, les actions *commodati*, *depositi*, *rei uxoriæ*, *præscriptis verbis*, *communi dividundo*, *negotiorum gestorum* (53).

CHAPITRE II

DE QUELQUES ACTIONS RÉELLES

Section I. — *De la revendication* (J., IV, 6, § 1. IV, 17, § 2. — D., *De rei vindicatione*, 6, 1. — C., *eod.*, 3, 32).

(49) J., IV, 6, § 31. — (49 *bis*) *Basiliques*, 15, 1, *Schol.* 58, 59. — (50) Cic., *In Verrem*, II, 12. — (51) L. 20, D., *De reiv.*, 6, 1. — J., IV, 6, § 31 ; IV, 17, § 2. — (52) J., IV, 17, § 2. — (53) J., IV, 6, § 31. — L. 8, D., *Quæ in fraudem*, 42, 8. — L. 1, § 31, D., *Dep.*, 16, 1. — G., IV, § 47. — L. 9, D., *Præscript. verb.*, 19, 5. — L. 7, § 1, D., *De fundo dotali*, 23, 5. — L. 61, pr., L. 80, § 7, D., *De furt.*, 47, 2.

Digitized by Google

§ 1. — Procédure de la revendication.

1° Époque des actions de la loi (1). Procédure *per sacramentum ; vindicatio* et *contra vindicatio ;* intervention du Préteur, formalités, provocation au *sacramentum ; prædes sacramenti* — Règlement de la possession intérimaire *(vindiciæ);* celui qui les obtient doit promettre de restituer la chose et les fruits, s'il succombe, et fournir des répondants (*prædes litis et vindiciarum*). Puis les deux parties s'engagent à se représenter *in jure* dans trente jours pour recevoir un juge. Le juge décide quelle est la partie dont le *sacramentum* est *justum* (2). Puis, si la chose n'est pas restituée, il y a lieu à un *arbitrium litis æstimandæ* (3), qui naturellement aboutit à une condamnation pécuniaire contre le perdant et les *prædes* (4).

2° *Procédure per sponsionem* (5). Le demandeur provoque le défendeur par une *sponsio*, et se fait promettre une certaine somme, pour le cas où il serait reconnu propriétaire. — Le procès s'engage alors par une *condictio certæ pecuniæ*, mais la somme promise n'est pas réellement exigée.—Le défendeur promet, avec des répondants, *(stipulatio pro præde litis et vendiciarum)* de restituer la chose et les fruits au demandeur, s'il perd le procès. — Le montant de la condamnation résultant de cette dernière stipulation est déterminé, à défaut de restitution, par un *arbitrium litis æstimandæ* (6). — De la sorte ou aboutit au même résultat que par le *sacramentum*, mais on évite les formalités gênantes et surannées de l'action réelle, en la transformant ainsi en une action personnelle.

3° *Procédure per formulam petitoriam.* — Plus tard ce détour parut inutile, et le Préteur posa directement au juge la question de propriété : *Si paret fundum A^i^. A^i^.*

(1) G., IV, §§ 15, 16, 17. — Aulu-Gelle, 20, 10. — Cic. *Pro Murena*, 12, *Pro Cæcina*, 1, 7, 8 ; *Pro Tullio*, 16. — Voy. Keller, *Actions*, p. 59. — (2) Cic., *Pro Cæcina*, 33 ; *Pro domo*, 27 ; *De oratore*, 1, 10. — (3) Voy. les textes cités par Keller, *Actions*, § 16, n. 222 et s.; notamment : *Lex Servilia repetundarum*, c. 18. — Cic., *Divin. in Cæcil.*, 5. — *In Verrem*, II, 1, 13. — *Pro Cluentio*, 41 ; *Pro C. Rabirio*, 4 ; *Ad familiares*, 8, 8, 3. — (4) G., IV, § 48, (*bien lu*). — (5) G., IV, §§ 92 à 95. — Cic. *In Verr.*, II, 1, 45 ; II, 2, 12. — Asconius, *eodem*. — V., § 336. — (6) G., IV, § 89.

Digitized by Google

esse, quanti ea res erit, N_m. N_m., nisi restituat, condemna; si non paret, absolve (7). Le défendeur fournit la caution *judicatum solvi*, autrement la possession est donnée au demandeur par l'interdit *quem fundum* (8). L'action est arbitraire.— Ses effets (voy. plus bas, effet de la revendication).

4° *Époque des judicia extraordinaria.* Le magistrat juge ; il condamne à la chose même, et sa décision peut être mise à exécution par la force publique (9).

§ 2. — DE LA REVENDICATION AU FOND.

C'est l'action réelle par laquelle le demandeur se prétend propriétaire *ex jure Quiritium*, et demande condamnation contre le défendeur qui lèse son droit.

I. *Conditions requises.*

A) A quelle chose s'applique-t-elle ? A des objets déterminés et reconnaissables, susceptibles de propriété quiritaire. — Par exception on peut quelquefois revendiquer une *incerta pars* (10). — En cas d'union de la chose avec une autre, on intente au préalable l'action *ad exhibendum* (11).

B) Qui peut revendiquer ? 1° Il faut être propriétaire *ex jure Quiritium* au moment de la *litis contestatio* (12). Si on a cessé d'être propriétaire par l'usucapion du défendeur, on n'en obtient pas moins condamnation (13). — 2° Il faut que le demandeur ne possède pas (14) ; s'il possède, les interdits lui suffisent.

C) Contre qui peut-on revendiquer ? — Contre le possesseur, et même plus tard contre le simple détenteur, qui peut d'ailleurs se soustraire à l'action en désignant celui pour qui il possède *(laudatio auctoris)* (15). — On peut aussi revendiquer contre celui *qui dolo desiit possidere* (influence du Snc. Juventien), contre celui qui *se liti obtulit*, et, d'après les Proculiens, contre celui qui a acquis la

(7) Cic., *In Verr.* II, 2, 12. — (8) Voy. plus haut, p. 172, n. 4. — (9) L. 68, D. — (10) G., IV, § 54. — L. 76, § 1, D. — (11) Voy. *Résumé*, t. I, p. 107, 108, 111, 112, 113. — (12) L. 23, D., *De judiciis*, 5, 1. — (13) L. 18, D. — Voy. aussi L. 7, § 7, D., *Ad exhib.*, 10, 4. — (14) L. 1, § 6, D., *Uti pos.*, 43, 17. — (15) L. 9, D. — L. 2, C., *Ubi in rem actio*, 3, 19.

Digitized by Google

possession *depuis la litis cont.* (16). — Il fallait que le défendeur contestât la propriété du demandeur, autrement c'est une autre action (notamment l'action négatoire) qui doit être intentée.

II. *But et effet de la revendication.* — *But :* Faire constater le droit, et cesser la lésion. — *Effet :* proclamation du droit *(pronuntiatio)* (17). — Quant à la lésion, le juge par son *arbitrium* ordonne les satisfactions requises. Le défendeur peut : 1° Exécuter l'*arbitrium ;* détails (18) ; le défendeur fournit la *cautio de dolo* (19) ; il restitue les fruits et autres accessoires (20) ; en cas d'exécution partielle, la condamnation pourra n'être que partielle.— 2° S'il n'exécute pas :

Premier cas : *il ne veut pas, ou prétend faussement ne pas pouvoir exécuter.* Sous Justinien, il est certain que le juge le condamnera *ad ipsam rem,* et que la force publique lui enlèvera la chose pour la remettre au demandeur ; la condamnation pécuniaire ne portera plus que sur les accessoires (21). Dans le droit primitif, il paraît certain qu'à défaut de restitution volontaire, le défendeur était condamné à une somme d'argent fixée sur le serment du demandeur, mais que l'*arbitrium* du juge ne pouvait être exécuté *manu militari* (22). Le droit ancien respecte autant que possible la liberté individuelle (22 *bis*). Même sous Justinien le demandeur peut renoncer à l'exécution forcée, et opter pour une condamnation pécuniaire (23). — Le défendeur est alors considéré comme acheteur de la chose (24). — Mais, à l'époque classique, l'exécution *manu militari* était-elle déjà admise ? Controverse. 1er Système (25). Négative : La L. 68, D., h. t. est interpolée (26). — 2e Système. Affirmative (27). Ce texte n'est pas interpolé (28).

(16) L. 27, § 1, § 3, D. — Voy. L. 80, D. — (17) L. 35, § 1, D. — (18) L. 18 D. — (19) Théoph., 3, 18, § 1. — L. 7, § 3, D., *De dolo malo,* 4, 3. — J., III, 18, § 1. — (20) L. 20, D. — J., IV, 17, § 2. — Voy. *Résumé,* t. I, p. 115, 116, 117. — (21) L. 68, D. — J., IV, 17, § 2. — (22) Arg. L. 2, D., *De in lit. jur.,* 11, 3. — L. 73, D., *De fidej.,* 46, 1. — G., IV, §§ 163, 89. — L. 9, D., *De furtis,* 47, 2. — J., IV, 6, § 31. — L. 7, D., *Si serv. vind.,* 8, 5. — — (22 *bis*) L. 1, § 2, D., *Si ventris nom.,* 28, 5. — (23) Mêmes textes. — (24) L. 46, 47, D. — L. 22, D., *Rer. amot.,* 15, 2. — L. 1, L. 3, D., *Pro empt.,* 41, 4. — L. 35, § 2, D. — L. 36, pr., D., *De don. inter,* 24, 1. — (25) Savigny, *Système,* t. V, p. 133. — (26) Arg. L. 3, § 2, D., *De reb. eor.,* 27, 9. — (27) Pellat, *Propriété,* p. 369 et s. — (28) Arg. L. 1, C., *De off. mil. jud.,* 1, 46.

Digitized by Google

— 3e Système. Distinction : la *manus militaris* ne pouvait être employée à l'époque classique contre le défendeur *qui se refusait* à restituer, mais seulement contre celui qui alléguait faussement qu'il ne pouvait restituer (29). — Remarque. L'exécution *manu militari* n'est pas possible lorsque l'*arbitrium* prescrit au défendeur un acte juridique, comme de transférer la propriété, lorsqu'il a usucapé *inter moras litis* (30).

Second cas : *le défendeur ne peut pas restituer parce qu'il a perdu la possession : a)* sans dol ni faute ; il est absous à la condition de céder les actions qu'il peut avoir relativement à la chose, ou de fournir certaines cautions (31) ; — *b*) par sa faute ; il est condamné à l'estimation fixée par le juge, mais il est alors dans la situation d'un acheteur (32) ; — *c*) par son dol, ou bien de quelque façon que ce soit, s'il était possesseur de mauvaise foi. Il est alors condamné à la somme fixée sur le *jusjurandum in litem* du demandeur et n'est pas considéré comme acheteur (33).

Troisième cas : *il a besoin d'un délai pour restituer ;* le juge le lui accordera moyennant caution (34).

III. *Moyens de défense qui peuvent être opposés par le défendeur.*

Il peut contester la propriété du demandeur, ou nier sa propre possession ; en outre il peut opposer des exceptions :

1° La prescription extinctive de l'action en revendication (35). — 2° La prescription acquisitive extraordinaire (36). — 3° A l'époque classique, la *præscriptio longi temporis* (37). — 4° L'exception de dol à raison de ses impenses (38). — 5° L'exception *rei venditæ et traditæ*, si le revendiquant est son vendeur, ou le successeur à titre universel de son vendeur ; dès que cette exception peut être opposée à une personne, elle peut l'être à tous ceux

(29) Demangeat, *Fonds dotal*, p. 123 et s. — Arg. L. 68, D., *verbis : contendens non posse restituere.... Si quidem habeat rem.* — Arg. L. 3, § 2 D., *De reb. eor.*, 27, 9. — (30) Arg. L. 18, D. — (31) L. 15, § 3, D. — J. III, 18, § 1. — Theoph. *eod.* — L. 21, D. — (32) L. 21, L. 46, 47, D. — (33) L. 68, L. 69, L. 70, D. — (34) J., IV. 17, § 2. — (35) Voy. *Résumé*, t. I p. 104. n. 105. — (36) *Résumé*, t. I, p. 104, n. 104. — (37) *Résumé*, t. I, p. 96, n. 33 et 34 — (38) *Résumé*, t. I, p. 108 et s.

Digitized by Google

qui ultérieurement pourront acquérir de cette personne, même à titre particulier (39); d'où il suit que ces solutions ne résultent pas de la maxime : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio,* qui d'ailleurs n'est pas toujours vraie (40).

SECTION II. — *De la Publicienne* (D., *De publiciana in rem actione,* 6, 2. — J., IV, 6, § 2.)

I. *Historique.* — 1° L'action publicienne qui est prétorienne, *in rem* et fictice, fut introduite à la fin de la République, probablement pour protéger celui qui avait acheté et reçu *tradition* d'une chose *mancipi, a vero domino.* La formule de cette action, entièrement calquée sur celle de la revendication, ordonne au juge de supposer que le demandeur a possédé *pendant le délai requis pour l'usucapion,* et par conséquent qu'il a usucapé, *si toutefois les autres conditions exigées pour l'usucapion sont accomplies* (1).— Plus tard, tout propriétaire bonitaire eut la Publicienne (1 *bis*). — Cette action fut aussi appliquée à l'acquéreur *a non domino* qui avait juste titre et bonne foi, parce que nul n'a meilleur droit que lui sur la chose, sauf le *verus dominus* que l'on protègera par l'exception *justi dominii* (2).

II. *Conditions requises pour avoir la Publicienne.* — Ce sont les mêmes que celles exigées pour l'usucapion (3), sauf le laps de temps. — Notamment, il faut que demandeur ait possédé (4), ou hérité du possesseur (5). — Il n'est pas nécessaire selon nous, que le prix ait été payé en cas de vente (6), pas plus que cela n'est exigé pour l'usucapion (7), mais s'il n'a pas été payé, on ne pourra invoquer l'exception *rei venditæ et traditæ* contre le *dominus* et ses ayants-cause (8).

(39) L. 3, § 1, L. 7, § 3, D., *De publ. in rem*, 6, 2. — L. 2, L. 1, § 1, L. 3, *in fine*, D., *De except. rei vend.*, 21, 3. — L. 14, C., *De reiv.*, 3, 32. — L. 14, C., *De evict.*, 8, 45. — (40) L. 31, C., *De evict.*, 8, 45. — Voy. Mainz, t. I, § 206 *in fine*. — Comp. *supra*, p. 54, n. 38.

(1) G., IV, § 36. — (1 *bis*) L. 7, § 11. — L. 1 à 7, § 8, L. 13, pr., D. — (2) L. 16, L. 17, D. — (3) *Résumé*, t. I, p. 93 et s. — (4) L. 12, § 7, D. — (5) L. 12, § 1, D. — (6) L. 8, D. — (7) Voy. *Résumé*, t. I, p. 102, n. 82. — (8) Expliquez ainsi L. 72, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 2, D., *De except. rei vend.*, 23, 1. — L. 4, § 32, D., *De doli mali except.*, 44, 4.

Digitized by Google

III. *Contre qui la publicienne peut-elle être intentée?* Contre tous ceux qui sont passibles de la revendication. (Voy. plus haut, p. 240, n. 15). — Cas particuliers : 1° Publicienne intentée contre le *dominus ex jure quiritium*. Ce dernier opposera l'exception *justi dominii*. Cette défense se présente sous la forme d'une exception, parce que le défendeur ne conteste pas la base même de l'action qui est l'acquisition avec juste titre et bonne foi; l'exception porte sur la fiction; le préteur ordonne au juge de *supposer* que la possession du demandeur a duré un an ou deux ans, *à moins* que le défendeur ne soit le propriétaire. — Cette exception peut être brisée par la réplique *rei venditæ et traditæ* (voy. plus haut, p. 243, note 39). — 2° Publicienne intentée contre une personne ayant elle-même la Publicienne. Si les deux parties tiennent la chose du même aliénateur, celle qui a acquis la première est préférée. — Si elles tiennent leur droit d'un aliénateur différent, celle qui tient la chose du propriétaire sera préférée ; dans les autres cas, selon Nératius, il fallait donner l'avantage au plus ancien acquéreur, selon Julien et Ulpien, au possesseur actuel (9).

IV. *Effets de la Publicienne.* — Les mêmes que ceux de la revendication (10).

Même sous Justinien, la Publicienne conserve sa seconde application ; elle est en outre fort utile au propriétaire lui-même qu'elle dispensera souvent de prouver sa propriété. — La Publicienne existe-t-elle encore sous notre droit (10 *bis*)?

On ne connaît point la nature de l'action qui protégeait la propriété provinciale.

SECTION III. — *De l'action confessoire* (J., IV, 6, § 2. — D., *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*, 8, 5.)

Notions générales. — C'est l'action *in rem*, civile, par laquelle le demandeur affirme qu'il a *jure civili* un droit de servitude sur la chose d'autrui.

(9) L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1. — L. 9, § 4, D. — (10) L. 7, § 8, D. — (10 *bis*) Neg. : Laurent, t. VI, p. 211, 235 et s. — Aff. : Pothier, *Propriété*, nos 292, 294, 324, 327. — Troplong, *Vente*, I, no 235 ; *Prescription*, I, no 230. — Duranton, IV, 233 et s. — Delvincourt, VI, no 21. — Comparez Aubry et Rau, § 219, note 1.

Digitized by Google

I. *Conditions requises pour l'intenter.* — 1° Il faut avoir une servitude établie *jure civili.* — 2° Le demandeur doit prouver son droit, par conséquent sa propriété sur le fonds dominant et l'établissement de la servitude, à moins, selon nous, quant à cette dernière preuve, qu'il ne soit en quasi-possession de la servitude (11). Le créancier gagiste, l'emphytéote, le superficiaire peuvent intenter cette action à titre d'action utile (11 *bis*). — Si la servitude est établie *jure prætorio* seulement, on aura une Publicienne, mais nous ne savons pas si cette action était fictice, ni quelle était la fiction (11 *ter*).

II. *Contre qui peut être intentée l'action ?* — Contre toute personne qui met obstacle à l'exercice de la servitude (12). — Il n'est pas nécessaire que le défendeur ait la possession du fonds assujetti, et le fait que le demandeur a la quasi-possession de la servitude ne l'empêche pas d'exercer l'action (13).

III. *Résultats de l'action.* Elle est arbitraire ; parmi les satisfactions que l'*arbitrium* peut imposer au défendeur, mentionnons le rétablissement de la servitude, si elle s'est éteinte par non-usage *inter moras litis* (14), et la caution *de non amplius turbando* (15).

SECTION IV. — *De l'action négatoire.*

Lorsqu'une personne prétend exercer une servitude sur ma chose, je puis intenter contre elle l'action négatoire, action *in rem*, civile, par laquelle je conteste son droit de servitude. Elle n'implique aucune dépossession du demandeur, c'est pourquoi la revendication n'est pas possible (16) ; l'action confessoire n'a pas lieu non plus, car elle ne garantit pas les servitudes *causales* (17).

I. *Qui peut intenter cette action ?* — Le propriétaire (18) ; il doit donc prouver sa propriété (18 *bis*). —

(11) Arg. L. 8, § 3, D. — L. 2, § 1, L. 6, § 3, D. — L. 16, D., *De except.*, 44, 1. — (11 *bis*) L. 16, D., *De servit.*, 8, 1. — (11 *ter*) L. 11, § 2, D. — Voy. *Résumé*, t. I, p. 121, n. 30 et s.; p. 128, n. 31 et s. — (12) L. 10, § 1, D. — (13) L. 4, § 5, D. — L. 5, § 7, D., *Si ususf. pet.*, 7, 6. — Ortolan, III, p. 602, n. 2. — (14) L. 8, § 4, D. — (15) L. 7, D. — (16) J., IV, 6, § 2. — (17) L. 5, pr., D., *Si ususf. pet.*, 7, 6. — Voy. *Résumé*, t. I, p. 118, n. 2. (18) Et les personnes indiquées ci-dessus texte et n. 11 *bis*. — (18 *bis*) L. 5, pr., D., *Si ususf. pet.*, 7, 6. — Voy. Maynz, § 223, *in fine*.

Digitized by Google

Doit-il prouver en outre l'inexistence de la servitude? Controverse : 1° Affirmative (19). — 2° Négative (20). — 3° Système. Celui-là devra prouver qui veudra innover, changer l'état de choses existant (21).

II. L'action peut être intentée contre toute personne qui veut exercer sur mon fonds une servitude.

III. *Résultat de l'action.* — *Arbitrium* du juge qui prescrit le rétablissement des lieux dans l'état primitif, le paiement de dommages-intérêts, et la caution *de non amplius turbando* (22).

Remarques. — L'action était parfois intenté sous une forme affirmative : « *Si paret A° A° jus esse prohibendi N^m N^m fundo Corneliano uti frui*, etc. » (23). — Explication du « *Sane uno casu qui possidet partes actoris obtinet* (24). L'explication la plus simple est qu'il s'agit du défendeur, opposant à l'action Publicienne l'exception *justi dominii*, et forcé, quoique possédant, de prouver son droit de propriété.

Section V. — *De la pétition d'hérédité.* (D., *De hereditatis petitione*, 5, 3. — C., *eod.*, 3, 31. — J., IV, 6, § 28.)

I. *Nature de l'action.* — C'est une action civile, *in rem*, arbitraire, par laquelle on réclame la qualité d'héritier (*nomen heredis*), et on demande au possesseur la restitution de l'hérédité. Les *Institutes* disent qu'elle est de bonne foi (1). On l'appelle quelquefois *mixta personalis actio* (2), parce qu'à certains égards le possesseur est tenu d'une obligation envers l'héritier.

II. *Procédure.* — A l'origine, action *sacramenti* devant

(19) Ducauroy, Demangeat, Accarias, II, n° 811. — L. 15, D., *De op. novi nuntiat.*, 39, 1 ; Mais ce texte peut se concilier avec le troisième système. De plus, il peut fort bien être question dans le second cas prévu par ce texte, de la servitude *altius tollendi* (Voy. *Résumé*, t. I, p. 127, n. 22) et par conséquent de l'action confessoire, comme dans le premier cas. — (20) Molitor, *Possession*, p. 493 ; Puchta, Wangerow. — L. 23, C., *De prob.*, 4, 19. — L. 5, pr., D., *Si ususf. pet.*, 7, 6. — (21) Thibaut, Brintz. — L. 8, § 3, D. — L. 15, D., *De op. nov. nunciat.*, 39, 1. — (22) L. 15, D., *De nov. op. nunciat.*, 39, 1. — (23) L. 5, pr., D., *Si ususf. pet.*, 7, 6. — L. 11, D. — Bas., 16, 6, 5, 1, Schol. — (24) J., IV, 6, § 2. — Voy. Maynz, t. I, § 204, *in fine*, n. 31, 32, 33, 34.

(1) J., IV, 6, § 28. — Pour l'explication, voy. *infra*, p. 249, n. 23 *bis* et 23 *ter*, et *supra*, p. 183, n. 20. — (2) L. 7, C.

Digitized by Google

les centumvirs (3); puis procédure *per sponsionem* (4), puis *per formulam petitoriam* (5), enfin procédure extraordinaire, comme pour la revendication. — Si le défendeur ne fournissait pas la caution *judicatum solvi*, la possession était transférée au défendeur par l'interdit *quam hereditatem* (6).

III. *Qui peut l'intenter?* — L'héritier dont le droit est lésé; le fideicommissaire d'hérédité a l'action utile, le *bonorum possessor* a la *possessoria hereditatis petitio*, action probablement fictice (7).

Que doit-il prouver? 1° Sa qualité d'héritier. — 2° La lésion de son droit, c'est-à-dire le fait que le défendeur possède un droit ou une chose héréditaire, ce qui comprend les choses que le *de cujus* avait un intérêt légitime à posséder (8).

IV. *Contre qui?* — Contre celui qui lèse le droit du demandeur, c'est-à-dire :

1° Contre celui qui possède PRO HEREDE une chose ou un droit héréditaire (9). Si le défendeur ne conteste pas la qualité de l'héritier, mais le droit du défunt, ou encore s'il conteste la qualité d'héritier sans se prétendre héritier lui-même, ce n'est pas le droit héréditaire qui est lésé et par conséquent c'est l'action qu'avait le défunt et non la pétition d'hérédité qu'il faut intenter (10). A l'inverse, si l'on voulait intenter l'action du défunt, par exemple la revendication, contre un défendeur qui se prétend héritier, il pourrait s'opposer à ce que la question d'hérédité fût ainsi jugée incidemment, et opposerait la *præscriptio* ou *præjudicium : ea res agatur si modo præjudicium hereditati non fiat* (11).

2° Contre celui qui possède PRO POSSESSORE, c'est-à-dire qui, interrogé sur le titre de sa possession, ne veut pas

(3) G., IV, §§ 16, 17. — Cicer., *De orat.*, I, 38. 39, 56, 57, *in fine*. — Voy. Maynz, t. III, § 490, n. 2. — Saint-Jérôme, *Epist. ad Domnam.*, 50. — (4) Cic. *In Verrem.* II, 1, 45. — (5) L. 10, § 1, D. — (6) Frag. de Vienne. — P., I, 11, § 1. — (7) D., *De fideicom. her. pet.*, 5, 6. — D., *De poss. hered. pet.*, 5, 5. — (8) L. 13, § 15, L. 19, LL. 4, 9, 10, 13, §§ 1 à 11, L. 18, § 2, D. — L. 32, § 1, D., *De usurp.*, 41, 3. — (9) L. 9, L. 11, pr., D. — (10) L. 42, D. — (11) G., IV, § 133. — L. 25, § 17, D. — L. 1, § 1, D., *Fam. ercis.*, 10, 2. — L. 74, D., *De jud.*, 5, 1.

Digitized by Google

l'indiquer *(possideo, quia possideo)* (12), parce que son silence autorise toutes les suppositions (13) et qu'il est plus avantageux pour l'héritier d'intenter la pétition d'hérédité où il suffit de prouver que le défunt possédait et avait un intérêt légitime à le faire, que la revendication, par exemple, où il faudrait prouver la propriété.

Extensions de l'action quant aux personnes contre qui elle est donnée.

1° Contre celui *qui se liti obtulit* (14). — 2° Contre celui qui a cessé de posséder par son dol, en vertu du *Snc. Jouventien* (15), et contre le possesseur de mauvaise foi qui a cessé de posséder par sa faute (16). Cette règle fut généralisée et appliquée notamment à la revendication (17). — 3° L'action était encore possible en vertu de ce Snc. contre celui qui avait perdu la possession sans dol, s'il avait touché le prix de valeurs héréditaires, même si ces choses avaient péri au moment de l'action, ou reçu le paiement de créances héréditaires, ou acquis des actions à raison de l'hérédité (18).

V. *Effets de la pétition d'hérédité. — Pronuntiatio. — Arbitrium* (Voy. plus haut, *Revendication*, p. 241, n. 18 et s.). Que doit restituer le défendeur, ou à quoi sera-t-il condamné s'il ne restitue pas? Ces points sont réglés par le Snc. Jouventien :

a) Possesseur de bonne foi. Il doit restituer tout ce qu'il a de l'hérédité au moment de la *litis contestatio*, et de plus tout ce dont *il se trouve enrichi* par suite de la possession de l'hérédité, sans distinction entre le capital et les fruits consommés ou non, car il a pu s'enrichir des fruits consommés et ne pas s'enrichir des fruits exstants, s'il les a dépensés par avance, ou si les frais de production les absorbent. En résumé il ne rend que son enrichissement au jour de la *litis cont.* (19). — C'est aussi probablement le Snc. Jouventien qui abroge l'usucapion *lucrativa* (20).

(12) L. 11, § 1, L. 12, L. 13, pr, D.— (13) L. 11, § 1, et s., D., *De inter. in jure*, 11, 1.— (14) L. 13, § 13, D. — (15) L. 20, § 6, D. — (16) L. 25, § 2, D. — (17) L. 27, § 3, L. 36, D., *De reiv.*, 6, 1. — (18) L. 20, §§ 6, 17, L. 16, §§ 5, 4, D. — (19) L. 20, § 26, L. 36, § 4, D. — (20) G., II, § 57. — Voy. *Résumé*, t. I, p. 95, n. 20 à 30. — L. 20, § 6, D.

Digitized by Google

b) Possesseur de mauvaise foi. Il doit indemniser l'héritier de tout le préjudice qui est résulté pour lui de la privation de l'hérédité depuis le jour ou la possession de mauvaise foi a commencé. Applications. Notamment le défendeur doit tenir compte même des fruits qu'il a négligé de percevoir *(fructus percipiendi)*, des dégradations, etc. (21).

VI. *Indemnités que peut réclamer le défendeur.* — Le défendeur, même de mauvaise foi, peut exiger certaines indemnités, notamment pour dépenses nécessaires, pour dettes par lui acquittées, etc. Détails (22). Quant au possesseur de bonne foi, il peut réclamer ses impenses, même s'il n'en résulte point de plus-value. Autres indemnités (23). — Pour exercer ces retenues, le défendeur avait-il besoin de faire insérer l'exception de dol dans la formule ? Controverse entre les jurisconsultes (23 *bis*). Justinien en disant que cette action est de bonne foi, entend décider que l'appréciation des retenues à exercer par le possesseur, rentre de plein droit dans l'office du juge (23 *ter*).

Remarque. — La sentence a l'autorité de la chose jugée vis-à-vis des créanciers de la succession et des légataires (24).

VII. *Des aliénations faites par l'héritier apparent.* Elles sont nulles en principe (25). Toutefois l'acquéreur qui a un recours contre l'héritier apparent, peut, s'il est attaqué par l'héritier véritable, lui opposer l'exception : *ne præjudicium hereditati fiat,* et le renvoyer ainsi à poursuivre d'abord l'héritier apparent. Même exception opposable dans le cas où l'héritier apparent se déclare prêt à défendre sur la pétition d'hérédité comme s'il possédait encore les biens aliénés (26). L'héritier véritable, après

(21) L. 25, §§ 2, 4, 5. — L. 13, § 2, L. 21, D. — J., IV, 17, § 2. — (22) L. 20, §§ 10, 18, L. 40, § 3, L. 5, L. 36, § 5, LL. 37, 38, 39, D. — Comp L. 37, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 4, C. — (23) L. 31, §§ 1, 2, 3, L. 36, § 5, LL. 37, 38, 39, D. — (23 *bis*) L. 39, L. 50, § 1, D. — L. 38, L. 44, L. 58, D. — (23 *ter*) L. 12, § 3, C. — J., IV, 6, § 28. — (24) L. 50, § 1, D., *De leg.* 1°, 30. — L. 3, pr., D., *De pign.*, 20, 1. — (25) L. 25, § 17, D. — L. 20, pr., D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1. — L. 11, L. 54, D., *De reg. jur.*, 50, 17. — (26) L. 25, § 17, D. — Voy. Maynz, t. III, § 493, n. 50.

Digitized by Google

avoir poursuivi l'héritier apparent, ne peut inquiéter les acquéreurs s'il a touché de l'héritier apparent le prix des biens aliénés. Même s'il ne l'a pas obtenu, parce que le défendeur était de bonne foi et ne s'est pas enrichi de ce prix, il ne peut inquiéter les acquéreurs qui auraient un recours contre l'héritier apparent de bonne foi (27). — *Quid* en droit français (27 *bis*)?

Si l'héritier apparent a fait des paiements, il les retiendra, car s'il est de mauvaise foi, il a libéré l'héritier en payant sciemment la dette d'autrui; il doit seulement promettre de venir défendre l'héritier, s'il est attaqué par les créanciers (28); s'il est de bonne foi, à la vérité comme il avait la *condictio indebiti* (29) il n'a pas libéré l'héritier; il déduit pourtant ces paiements à la condition de céder à l'héritier sa *condictio indebiti* (30).

Si l'héritier apparent a reçu des paiements, et qu'il les rembourse à l'héritier véritable, les débiteurs sont libérés (31). Que si l'héritier apparent de bonne foi ne s'était pas enrichi par le paiement, l'héritier véritable n'étant point indemne, pourra, selon nous, poursuivre les débiteurs; il n'est pas à craindre que ceux-ci recourent par la *cond. indeb.* contre l'héritier apparent, car, puisqu'il est de bonne foi, cette action ne procède contre lui que dans la mesure de son enrichissement, qui par hypothèse est nul (32).

Comparaison de la revendication et de la pétition d'hérédité.

CHAPITRE III

DES EXCEPTIONS, RÉPLIQUES, DUPLIQUES, ETC. (J., IV, 13 et 14. — D., *De exceptionibus*, 44, 1. — C., *eod.*, 8, 38. — G., IV, §§ 115-125.)

SECTION I. — *Des exceptions en général.*

Au fond, l'exception est un moyen de défense par le-

(27) Même texte. — (27 *bis*) Pothier, *Propriété*, n° 429. — Art. 132, C. civ. — Aubry et Rau, § 616, n. 31. — Demolombe, t. II, n° 241 et s. — Maynz, t. III, n° 493, n. 61. — (28) L. 31, D. — (29) L. 31, D. — L. 19, § 1, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — L. 38, § 2, D., *De sol.*, 46, 3. — Voy. cep. L. 5, C. — (30) L. 31, D. — (31) L. 25, § 17, D. — (32) Voy. *supra* p. 100, n. 25.

Digitized by Google

quel le défendeur allègue que, quand bien même le demandeur aurait le droit qu'il invoque, il ne doit pourtant pas en résulter de condamnation. Ce moyen ne contredit donc point *directement* les prétentions du demandeur exprimées dans l'*intentio*. — En la forme, l'exception est une partie accessoire de la formule ; le pouvoir du juge de condamner est restreint ; en d'autres termes, si l'*intentio* est fondée, il doit condamner, *excepté* dans le cas où le moyen de défense serait reconnu fondé. L'exception rend donc la condamnation conditionnelle (1) lorsqu'elle porte sur l'*intentio*, ex. : exception de dol ; elle rend conditionnelle la condamnation *intégrale* lorsqu'elle porte sur la *condemnatio*, ex. : exception du bénéfice de compétence (2). — Les exceptions ont une origine prétorienne (3). — Le droit civil lui-même entra dans cette voie (4), quoiqu'il eût pu procéder directement. — Pour produire leur effet, les exceptions doivent être insérées dans la formule de l'action, à moins qu'elles ne soient justifiées *in jure*, cas auquel il y a refus d'action. Cependant certaines exceptions peuvent être opposées même après la condamnation, et sur l'action *judicati* (5). Enfin les exceptions fondées sur l'équité sont sous-entendues dans la formule des actions de bonne foi (6). Le Préteur accorde la restitution *in integrum* tant que la condamnation n'est pas prononcée, si le défendeur a omis par erreur de faire insérer dans la formule une exception péremptoire (6 *bis*). — Maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (7). — Le défendeur doit prouver l'exception (8). Époque des *judicia extraordinaria*. — Plus de formule, la forme matérielle des exceptions a donc disparu. — Il y a pourtant encore intérêt à distinguer les exceptions des moyens qui opèrent *ipso jure :* 1° Les exceptions dilatoires doivent être opposées *in limite litis* (9). 2° Les moyens qui opèrent *ipso jure* sont perpétuels, certaines exceptions sont

(1) G., IV, §§ 119, 116. — L. 2, pr., L. 9, L. 22, D.— (2) Mêmes textes et L. 7, D. — (3) G., IV, § 108. — (4) J., IV, 13, § 7. — (5) L. 11, D., *Ad Snc. Macedo.*, 14, 16. — (6) *Supra*, p. 183, n. 21. — (6 *bis*) G., IV, § 125. — L. 57, § 1, D., *De proc.*, 3, 3.— (7) *Supra*, p. 165, n. 15. — (8) *Supra*, p. 222, n. 2. — (9) L. 19, C., *De prob.*, 4, 19. — L. 12, L. 8. C. — L. 2, C., *Sententiam rescindi*, 7, 50.

Digitized by Google

temporaires, autrement dit, *dilatoires* (10). — 3° Les moyens qui opèrent *ipso jure* peuvent être opposés par tout intéressé; certaines exceptions sont *personæ cohærentes* (11). — 4° Les exceptions ne font que paralyser le droit, un pacte les fait disparaître le plus souvent; *secus* des moyens de défense *ipso jure* (12). — Sens du mot *exception* en droit français (13).

SECTION II. — *Des répliques, dupliques, etc.* (J., IV, 14. — G., IV, § 126-130.)

La réplique est invoquée par le demandeur pour détruire l'effet de l'exception; c'est l'exception de l'exception (14). — Exemple : Publicienne, exception *justi dominii*, réplique *rei venditæ et traditæ*. — Autres exemples (15). — La duplique (appelée quelquefois triplique) est opposée par le défendeur pour détruire l'effet de la réplique (Exemples (16).

SECTION III. — *Classification des exceptions.*

I. *Exceptions prétoriennes, exceptions civiles* (17). — Le droit civil crée des exceptions, lorsqu'il veut seulement écarter dans certains cas l'application d'un principe général qui reste debout dans les cas non exceptés. Principales exceptions prétoriennes (18). — Principales exceptions civiles (19).

II. *Exceptions prévues par l'Édit, exceptions accordées* cognita causa (20).

III. *Exceptions nommées, exceptions* in factum. — Notamment on donne une exception *in factum* à la place de l'exception de dol, lorsque le demandeur est un ascendant ou un patron (21).

(10) *Infra*, p. 253, n. 29 *bis*. — (11) *Infra*, p. 253, n. 25. — (12) L. 27, § 2, D., *De pactis*, 2, 14. — (13) C. civ., art. 1208, 1360. — C. pr., art. 166 et s. — (14) L. 7, L. 10, C. — L. 2, § 1, L. 22, § 1, D. — (15) G., IV, § 126. — (16) V., § 259. — L. 1, L. 2, D., *De cur. fur.*, 27, 10. — (17) J., IV, 13, § 7. — G., IV, § 118. — (18) Voy. *supra*, pp. 32, n. 22; 33 et s.; 35 et s.; 156, § 1; 175, n. 11; 175, n. 7; 220, n. 12; 221 et s. etc. — (19) *Résumé*, t. I, p. 184, n. 10; t. II, p. 132, n. 24; p. 136, n. 4; p. 191, 192; etc. — (20) G., IV, § 118. — L. 22, § 1, D., *De re jud.*, 42, 1. — L. 21, D., *De prescript. verb.*, 19, 5. — L. 1, §§ 5, 6, L. 2, § 2, D., *Quarum rer. act.*, 44, 5. — Voy. aussi L. 57, D., *Mandati*, 17, 1. — (21) L. 4, § 16, D., *De dol. mali et met. except.*, 44, 4.

Digitized by Google

IV. *Exceptions fondées sur l'équité, exceptions fondées sur l'ordre public* (22). — Exemples de ces dernières : Exception *rei judicatæ ;* exceptions du Snc. Macédonien, de la loi Cincia, etc. — Les exceptions fondées sur l'équité sont sous-entendues dans la formule des actions de bonne foi (23). Elles peuvent être suppléées par l'exception de dol (24).

V. *Exceptions* rei cohærentes, *exceptions* personæ cohærentes (25). — L'exception est *rei cohærens,* lorsqu'elle est inhérente à l'action, en sorte que toute personne poursuivie peut l'invoquer. Les exceptions *personæ cohærentes* ne peuvent être invoquées que par une personne déterminée (25 *bis*). Exemples : bénéfice de compétence (26), exception de cession des biens, pacte *de non petendo in personam* (27).— Intérêts : en cas de mort du créancier ou du débiteur, et en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs. Le pacte *de non petendo in rem,* le legs de libération, la restitution *in integrum* pour cause de minorité, peuvent, selon les cas, créer ou non des exceptions *rei cohærentes* (28).

VI. *Exceptions péremptoires, exceptions dilatoires.* (J., IV, 13, § 8. — G., IV, §§ 120-122). — La plupart des exceptions sont péremptoires, c'est-à-dire perpétuelles, le demandeur ne peut les éviter ni en retardant son action, ni en modifiant sa procédure (29). Les exceptions dilatoires présentent le caractère opposé. Exemples : Exceptions dilatoires *ex tempore :* exception tirée du pacte *de non petendo ad tempus ;* exception *litis dividuæ ;* exception *rei residuæ* (30) ; — exceptions dilatoires *ex persona : exceptiones procuratoriæ* ou *cognitoriæ* (31). Intérêts de la distinction : *condictio indebiti* au profit du débiteur qui a payé par erreur quoique protégé par une exception péremptoire, à moins qu'il ne subsistât une obligation natu-

(22) L. 10, § 12, L. 29, § 4, D., *Mandati,* 17, 1.— L. 66, D., *De reg. jur.,* 50, 17. — (23) L. 7, § 6, D., *De pactis,* 2, 14. — V., § 94. — *Supra,* p. 183, n. 21. — (24) L. 12, D., *De doli mali except.,* 44, 4. — (25) J., IV. 14, § 4. — (25 *bis*) L. 7, pr., D. — (26) *Supra,* p. 236, n. 31. — (27) *Supra,* p. 156, *in fine,* n. 2, et p. 228, n. 16. — (28) *Supra,* p. 157, p. 131, n. 52. — (29) Basiliques 22, 1, 53. — (30) G., IV, § 122. — Voy. *supra,* p. 229, n. 15. — (31) G., IV, § 124. J., IV, 13, § 10.

Digitized by Google

relle (32) ; — le Préteur restitue contre l'omission d'une exception péremptoire, et dans le dernier état du droit, elles peuvent être invoquées en tout autre état de cause, même en appel (33). — A l'époque classique, l'effet de l'insertion d'une exception même dilatoire était la perte du procès et la consommation du droit (34). — *Secus* sous Justinien (35).

CHAPITRE IV

DES PRESCRIPTIONS (36).

Les *præscriptiones* sont des clauses insérées en tête de la formule et ayant pour but soit de limiter le débat à certains points, soit de faire rejeter la prétention du demandeur sans même l'examiner au fond.

A) Prescriptions insérées dans l'intérêt du demandeur : *Præscriptio cujus rei dies fuit* (37) ; — 2° *Præscriptio de fundo mancipando* (38). — Autres prescriptions (38 *bis*).

B) Prescriptions dans l'intérêt du défendeur : 1° *Præscriptio longi* ou *longissimi temporis* (39).— 2° *Præscriptio fori* (incompétence) (40). — 3° Enfin diverses *præscriptiones* ou *præjudicia* dont le but était d'empêcher qu'une *causa major* ne fût jugée incidemment à une question moins importante : *præjudicium de prædio,* ou *de fundo* (41) ; *de hereditate* (42) ; enfin le criminel tient le civil en état (43).

Sous le Bas-Empire, les prescriptions dans l'intérêt du demandeur ont disparu avec les formules. Celles dans l'intérêt du défendeur se sont confondues avec les excep-

(32) *Supra*, p. 98, 99, n. 9, 10 et 12. — (33) *Supra*, p.251, n. 6 *bis* et 9.— (34) G., IV, § 123.— (35) *Supra*, p. 232, n. 17 et 18.— (36) G., IV, § 130-134 et 136-138. — (37) G., IV, § 131. — *Supra*, p. 41, n. 6.— (38) *Supra*, p. 56, n. 60. — (38 *bis*) Voy. Accarias, t. II, § 220 *in fine*. — (39) *Supra*, p. 165, 166 et t. I, p. 96 et 104. — (40) L. 7, pr., D., *Qui satisdare cog.*, 2, 8. — (41) L. 16, L. 18, D.— (42) L. 5, § 2, D., *De her. pet.*, 5, 3. — G., IV, § 133 — Voy. *supra*, p. 247, n. 11 et 249, n. 26.— (43) L. 7, § 1, D., *De injur.* 47, 10. — C., *Inst. crim.*, art. 3.

Digitized by Google

tions (44). — Leur effet devait être tantôt la perte *définitive* du procès, comme dans la *præscriptio longi* ou *longissimi temporis*, tantôt simplement la perte du procès *actuel*, ou un sursis (45).

CHAPITRE V

DES INTERDITS. (J., IV, 15. — G., IV, §§ 138-171. — D., *De interdictis, sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt*, 43, 1. — C., *eod.*, 8, 1.)

SECTION I. — *Notions générales, historique et procédure des interdits.* — Les interdits sont des ordres ou des défenses que le Préteur prononçait à la requête d'une personne et qui avaient pour but de faire respecter les règles du droit public et du droit sacré, ou de protéger un intérêt privé, dans des cas où l'on ne peut dire à proprement parler qu'il y ait violation d'un droit réel ou d'un droit de créance. C'est dans son *imperium* (1), que le magistrat trouve le pouvoir nécessaire pour trancher ces difficultés qui ne donnent directement naissance à aucune action civile. — Après l'ordre prononcé, s'il n'est pas exécuté, la partie plaignante provoque son adversaire à une *sponsio*, et se fait ainsi promettre une certaine somme pour le cas où l'interdit aurait été violé par cet adversaire. Ce dernier fait une stipulation en sens inverse ; un juge est désigné pour connaître des actions naissant de ces stipulations ; en outre le demandeur obtient une formule *(judicium secutorium?) in factum*, par laquelle, si le défendeur contrevient à l'ordre du Préteur, il est condamné à l'estimation du préjudice (2). Cette procédure entraîne une *peine* pour le perdant, à cause des *sponsiones*. Elle est seule possible dans les interdits prohibitoires. Le défendeur peut éviter cette

(44) G., IV, § 133. — (45) Voy. Accarias, t. II, nos 921, *in fine*, 922.

(1) L. 7, D., *Ne quid in loco publ.*, 43, 8. — (2) G., IV, §§ 141, 162 à 165, 166 et 169. — Arg. L. 1, § 3, D., *De via publ. ref.*, 43, 1. — L. 1, § 34, D., *Ne quid in loco publ.*, 43, 8. — L. 1, § 5, D., *Ne vis fiat ei*, 43, 4.

Digitized by Google

peine dans les interdits *exhibitoires* ou *restitutoires*, en sollicitant *in jure* une formule arbitraire par laquelle, s'il n'exhibe ou ne restitue pas, il sera condamné à l'estimation du litige (3). — Les interdits prirent place dans l'Édit; cependant on continua longtemps à aller demander au magistrat un ordre spécial pour chaque cas. — Sous la procédure extraordinaire il ne reste plus que les actions *in factum* et arbitraires dont nous avons parlé; le magistrat ne prononce plus l'interdit (4), et il n'y a plus de *sponsiones*.

Section II. — *Divisions des interdits.*

1° Quant aux droits qu'il s'agit de protéger (4 *bis*). Interdits *de rebus divinis* (5), interdits établis *utilitatis publicæ causa* (6), *sui juris tuendi causa* (7), *officii tuendi causa* (8), *rei familiaris causa*. Parmi ces derniers, les plus importants et les seuls dont nous parlerons sont les interdits possessoires.

2° Au point de vue du but auquel ils tendent. Interdits prohibitoires : le Préteur défend un acte futur; — restitutoires ou exhibitoires, il ordonne de restituer ou d'exhiber (9). Intérêt de cette division (10).

3° Au point de vue des personnes qui peuvent les invoquer. — Interdits populaires, interdits privés (11).

4° Interdits possessoires, interdits non possessoires. (Voy. plus bas).

5° Interdits simples, interdits doubles. — Dans les interdits doubles chaque partie est à la fois demanderesse et défenderesse. Sont doubles les interdits *Uti possidetis* et *Utrubi* (11 *bis*).

Remarques — Beaucoup d'interdits aboutissent à une solution sur le fond du droit (12); d'autres, ce sont les interdits possessoires et quasi-possessoires, ne tranchent point définitivement la question, qui ne peut être réglée

(3) G., IV, §§ 141, 162-165. — (4) J., § 8. — (4 *bis*) L. 1, pr., L. 2, § 1, D. — (5) Ex. : Interdit *ne quid in loco sacro fiat*, D., 42, 6. — (6) Ex. : Interdit *ne quid in loco publico fiat*, D., 43, 8. — (7) Ex. : Interdit *de liberis exhibendis*, D., 43, 30. — (8) Interdit *de homine libero exhibendo*, D., 43, 29. — (9) J., § 1. — (10) *Supra*, n. 2 et 3. — (11) Voy. *supra*, n. 5, 6 et 8. — (11 *bis*) Voy. *infra*, p. 258, § 3. — (12) Tous les interdits dont il est question *supra*, n. 5, 6, 7, 8. — Voy. L. 2, § 2, D.

Digitized by Google

que par une action au pétitoire (13). — Certains interdits sont perpétuels, d'autres doivent être demandés dans l'année (14).

SECTION III. — *Des interdits possessoires.*

§ 1. — INTERDITS ADIPISCENDÆ POSSESSIONIS.

1° Interdit *Quod legatorum* donné à l'héritier contre les légataires qui se sont mis de leur propre autorité en possession de leur legs. Cet interdit lui permet d'exercer les retenues autorisées par la loi Falcidie, sans avoir besoin d'intenter la revendication (15).—2° Interdit *Sectorium*(16). 3° Interdit *Possessiorum* (17). — 4° Interdit *Quorum bonorum* (18). — 5° Interdit Salvien (19). — 6° Interdit fraudatoire (20).

§ 2. — INTERDITS RECUPERANDÆ POSSESSIONIS.

I. Interdit *Unde vi.* (J., IV, 15, § 6. — G., IV §§ 154, 155. — D., *De vi et vi armata*, 43, 16. — C., *Unde vi*, 8, 4.)

Époque classique. — Il y avait alors deux interdits *de vi*, ayant pour but de faire rendre la possession et payer des dommages-intérêts au possesseur expulsé par violence.

A) Interdit *de vi cottidiana* (1). — *a)* Conditions d'exercice : 1° Il fallait que le *dejectus possédât* sans vices à l'égard du *dejiciens* (1 *bis*). — 2° Qu'il y eût eu dépossession (2) opérée par la violence, que l'on suppose ici exercée sans armes *(vis cottidiana)* (3). — 3° Il fallait que la *dejectio* s'appliquât à un immeuble (4). — L'interdit est annal ; après une année utile il ne se donne que jusqu'à concurrence de l'enrichissement du *dejiciens*. — *b) Résultats.* Restitution de l'immeuble et entière réparation du

(13) L. 14, § 3, D., *De except. rei jud.*, 44, 2. — L. 35, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — Controverse pour l'interdit *quorum bonorum* et l'interdit Salvien ; voy. Accarias, t. II, nos 961 et 964, n. 1. — (14) L. 1, § 4, D. — (15) D., *Quod legat.*, 43, 3. — C., *eod.*, 8, 3. — (16) *Supra*, p. 227, n. 9. — (17) *Supra*, p. 228, n. 13. — (18) *Supra*, p. 6, n. 9; p. 11 lignes 8 et s.; p. 13, n. 13. — (19) *Supra*, p. 202, n. 7 et s. — (20) *Supra*, p. 176, n. 1.

(1) Cic., *Pro Cecina*, 31, 32. — G., IV, § 155. — J., § 6. — (1 *bis*) G., IV, § 154. — Voy. *Résumé*, t. I, p. 85, § 5. — P., V, 6, § 7. — L. 11, §§ 10, 22, 23, 24, 26, L. 20, D. — (2) L. 1, §§ 22, 24, 45. — L. 3, § 14, L. 5, D. — L. 4, § 22, D., D., *De usurp.*, 41, 3. — L. 9, pr., D., *Quod metus causa*, 4, 2. — (3) Cic., *Pro Cecina*, 30; *Pro Tullio*, 44. — (4) L. 1, § 7, D. — P., V, 6, § 5.

Digitized by Google

préjudice causé, ou condamnation pécuniaire équivalente (5).

B) Interdit *de vi armata* (violence à main armée) (6). Il compète malgré les vices de la possession du *dejectus* (7); selon nous il peut être exercé même par un simple detenteur (8); il est perpétuel (9).

Époque de Justinien. — La possession même vicieuse suffit, mais l'interdit est annal; de plus le *dejiciens*, outre la restitution de la chose, perd sa propriété, s'il était propriétaire; dans le cas contraire il paie au *dejectus* la valeur de la chose. Ces dispositions s'appliquent même aux meubles (10).

II. Interdit *de clandestina possessione* (11). — Il compétait à celui dont l'immeuble avait été occupé à son insu. Cet interdit tomba en désuétude lorsqu'on admit que l'on pouvait retenir *animo solo* la possession des immeubles (12). L'interdit *Utrubi* (voy. *infra*) suffisait pour protéger contre la dépossession clandestine des meubles.

III. Interdit *de precario* (13).

§ 3. — INTERDITS RETINENDÆ POSSESSIONIS.

Il y en a deux : l'interdit *Uti possidetis* pour les immeubles et l'interdit *Utrubi* pour les meubles. Leurs caractères communs c'est d'être des interdits doubles (1), *prohibitoires;* leur but *unique* (controverse) est, selon nous, de déterminer le rôle des parties dans la revendication (2).

I. Interdit *Uti possidetis*, (D., *Uti possidetis*, 43, 17. — J., IV, 15. § 4. — G., IV, § 148. — P., V, 6).

1° *Conditions requises.* — Cet interdit s'applique aux immeubles; il a pour but d'attribuer le rôle de défendeur dans la revendication à celui qui, au moment de la reddition de l'interdit, POSSÈDE *nec vi, nec clam, nec precario*

(5) L. 1, §§ 31 à 36, 40, 41, L. 19, L. 6, L. 15, D. — (6) Voy. note 1. — (7) G., IV, § 155. — L. 24, D. — (8) Arg. Cic. *Pro Cecina*, 31, 32. — (9) Cic., *Epist. ad div.*, 15, 16. — (10) J., § 6. — L. 7, C. — (11) L. 7, § 3, D., *Communi div.*, 10, 3. — (12) Voy. *Résumé*, t. I, p. 84, n. 92 et s. — (13) Voy. *Résumé*, t. I, p. 80, n. 37; t. II, p. 94, n. 23 et s.; p. 58, *in fine*, 3°; p. 202, ligne 6.

(1) Voy. *supra*, p. 256, n. 11 *bis*. — (2) J., IV, 15, § 4. — G., IV, § 148. — L. 1, § 3, D., *Uti pos.*, 43, 17. — Arg. G., IV, § 168.

Digitized by Google

ab adversario (1). Il suppose donc que les deux parties prétendent avoir la possession *animo domini* et sans vices. — Si la possession de l'une des parties est vicieuse *à l'égard de l'autre*, cette dernière est considérée comme possédant encore, et le possesseur vicieux n'est pas considéré comme ayant acquis la possession (2). De là résulte que cet interdit peut jouer en fait le rôle d'un interdit *recuperandæ possessionis*, mais il sera moins avantageux que l'interdit *Unde vi*, en ce que notamment il ne procure pas la restitution des fruits perçus avant la reddition de l'interdit, ni la réparation du dommage causé par la dépossession (3).

2° *Procédure et résultats.*—Le Préteur prononce l'interdit : *Uti eas ædes* (ou *fundum*) *quibus de agitur, nec vi nec clam, nec precario alter ab altero (nunc) possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* — Puis les deux parties se font réciproquement une violence simulée (4), de telle sorte que celui d'entre eux qui n'a pas la possession, aura désobéi à l'interdit. Le Préteur ensuite adjuge la possession provisoire de la chose à celle des deux parties qui promet (avec des cautions) à son adversaire la plus forte somme pour le cas où elle perdrait le procès *(fructus licitatio)*. Enfin l'une des parties stipule de l'autre ainsi : *spondesne mihi dare.... si contra Edictum Prætoris possidenti mihi vis facta sit?* — L'autre *restipule* de la première une certaine somme pour le cas où au contraire : *possidenti tibi vis facta non sit.* — La même stipulation et la même promesse ont lieu de la part de l'autre plaideur (5), en tout quatre stipulations conditionnelles qui seront portées devant un juge ; la décision sur une seule d'entre elles entraînera naturellement la solution de toutes les autres. Enfin le Préteur délivre contre celui à qui la possession provisoire a été adjugée une formule arbitraire *(judicium Cascellianum* ou *secutorium*), au moyen de laquelle il sera tenu de restituer la possession

(1) L. 1, pr., D. — (2) L. 17, L. 22, D., *De adq. pos.*, 41, 2. — Voy. *Résumé*, t. 1, p. 85, n 108. — Arg. J., § 4. — G., IV, § 150. — L. 1, § 9, D. — L. 12, § 1, D., *De adq. pos.*, 41, 1. — (3) L. 3, D., *De interd.*, 43, 1. — L. 1, §§ 6, 31, 32, 40, 41, D., *Unde vi*, 43, 16. — (4) G., IV, § 170 (Ed, Studemund), *verbis : « veluti qui vim non faciat »*. — (5) G., IV. § 166.

Digitized by Google

et les fruits, ou, s'il n'exécute pas l'*arbitrium*, de payer à son adversaire une somme égale à l'intérêt qu'avait celui-ci à garder la possession (6). — De la sorte, celui qui avait obtenu la possession provisoire encourait, s'il succombait, quatre condamnations, dont trois purement pénales. Son adversaire victorieux était absous sur les formules des deux promesses qu'il avait faites à la partie perdante (7).

II. *Interdit Utrubi* (J., IV, 15, § 4. — P., V, 6, § 1. — G., IV, §§ 150-153. — D., *De utrubi*, 43, 31).

Cet interdit présentait les mêmes caractéres et était soumis à la même procédure que l'interdit *uti possidetis*, sauf les différences suivantes : 1° Il était spécial aux meubles. 2° Celui-là triomphait qui, *dans l'année antérieure à l'interdit*, avait possédé le plus longtemps sans vices à l'égard de l'adversaire ; ex. : celui qui avait possédé sept mois, l'autre partie n'ayant possédé que cinq mois. L'interdit pouvait donc jouer le rôle d'un interdit *recuperandæ possessionis*. On pouvait joindre à sa propre possession celle de son auteur ; il est probable que l'accession de possession en matière d'usucapion vient de là (1). — Sous Justinien cette différence a disparu, c'est le possesseur *actuel* qui triomphe (2).

DES INTERDITS QUASI-POSSESSOIRES

Comment la quasi-possession des servitudes est-elle protégée ?

1° Servitudes personnelles : usufruit et usage ; on donne les interdits possessoires *utiles* (1). Le superficiaire a un interdit spécial (2). — 2° Servitudes réelles. La possession des servitudes urbaines qui consistent *in habendo* est protégée par l'interdit *uti possidetis* comme la possession de l'immeuble lui-même (controverse) (3). — Quant aux servitudes rustiques, nous trouvons des interdits fort anciens ; les conditions requises pour les invoquer varient. Ex. : Int.

(6) G., IV, §§ 166 *in fine*, 167. — L. 3, § 11, D. — (7) G., IV, §§ 167, 168.
(1) J., II, 6, § 13. — Voy. *Résumé*, t. I, p. 103, n. 97. — (2) J., IV, 15, § 4.
(1) V., §§ 90, 91. — L. 4, D., *Uti possidetis*, 43, 17. — (2) D., *De superficiebus*, 43, 18. — (3) Voy. Maynz. t. I, § 224, n. 7. — L. 3, § 6, D., *Uti possidetis*, 43, 17.

Digitized by Google

de itinere actuque privato; de aqua cottidiana vel æstiva; de fonte; de rivis, etc. (4).

CHAPITRE VI

DES RESTITUTIONS IN INTEGRUM (D., *De in integrum restitutionibus*, 4, 1. — P., I, 7.)

I. *Notions générales.* — *Lato sensu*, la restitution *in integrum* est toute voie de droit destinée à rétablir les choses dans l'état antérieur à un acte qui se trouve ainsi annulé. La restitution dans ce sens large peut résulter, soit d'une fiction dans la formule (ex. : action donnée *rescissa cap. deminutione*), soit d'une action *in factum*, (ex. : action Paulienne), soit d'une exception (ex. : de dol, *metus* etc.), soit enfin d'une *cognitio extraordinaria*. — *Stricto sensu*, la restitution en entier, résulte d'une intervention personnelle du magistrat (*cognitio extraordinaria*) (1).

II. *A quelles conditions la restitution est-elle accordée ?* — Il faut : 1° Qu'il y ait un dommage sérieux (2). — 2° Que tout autre moyen fasse défaut, sauf le cas de violence ou de dol (3). — 3° Qu'il y ait un juste motif de restitution. — Les justes causes sont : *a*) la minorité (4) ; — *b*) la violence ; le violonté a le choix entre la restitution qui annulera l'aliénation, et lui procurera par conséquent une action réelle, et l'action *quod metus causa* qui est personnelle (5); — *c*) l'erreur (6) ; — *d*) le dol (7) ; — *e*) l'absence, lorsqu'on n'a pu pour cette raison agir en justice, ou lorsque celui contre qui on avait à plaider était absent (7 *bis*) ; — *f*) les omissions excusables ; le Préteur peut accorder la restitution *cognita causa* dans les cas non prévus par l'Edit. (8).

(4) D., 43, 19. — 43, 20. — 43, 21. — 43, 22.

(1) L. 26, § 1, D., *Ad municip.*, 50, 1. — L. 3, C., *Ubi* et *apud quem*, 2, 47. — (2) L. 4, D. — L. 9, pr., L. 49, D., *De min.*, 4, 4. — (3) Voy. *Résumé*, t. I, p. 65, n. 18. — (4) Voy. *Résumé*, t. I, p. 64 et 65. — (5) *Supra*, p. 35, 36, 37. — (6) *Supra*, p. 32, 33, n. 22 *bis* et 22 *ter*. — (7) *Supra*, p. 35, n. 14 et 15. — (7 *bis*) L. 2, § 1, L. 3, L. 4-7, L. 33, § 1 et 2, L. 34-38, L. 11, L. 14, L. 15, etc., D., *Ex quib. causis*, 4, 6. — L. 21, § 1, L. 22, § 2, etc., D., *eod.* — Voy. Accarias, t. II, § 942. — (8) L. 1, § 1, D., *Ex quib. causis*, 4, 6.

Digitized by Google

III. Le délai est d'une année utile à partir de la cessation de la minorité, ou, dans les autres cas à partir de la lésion éprouvée (9).

IV. La restitution n'a généralement pas d'effet vis-à-vis des tiers, sauf en cas de violence, de mauvaise foi du possesseur, et d'insuffisance du recours contre l'auteur de la lésion (10).

V. Forme. *Cognitio extraordinaria* (11). — Souvent le Préteur se bornait à rendre un décret portant que le requérant n'avait pas perdu son droit, par exemple nonobstant l'usucapion accomplie pendant son absence (12).

Existait-il une contre-Publicienne, rescisoire de l'usucapion (13)? Non. — Dans les hypothèses prévues par les textes, il faut distinguer deux cas.

1° Usucapion accomplie pendant l'absence excusable du propriétaire (14). Le Préteur, rescindant cette usucapion, donnera à l'absent la revendication avec une fiction rescisoire de l'usucapion ; il donnera aussi la Publicienne avec la réplique d'absence pour briser l'exception *justi dominii* opposée par le possesseur.

2° Usucapion accomplie par suite d'absence du possesseur ; il faut supposer qu'il possédait par l'intermédiaire d'autrui, et que par suite de son absence le propriétaire n'a pu l'actionner. Justinien (J., IV, 6, § 5), a tort de supposer que le possesseur est absent *reipublicæ causa*, ce qui n'a, dans ce second cas, aucune importance, et de plus, à cette époque, le propriétaire aurait pu, malgré l'absence du possesseur, interrompre l'usucapion (15). — A l'époque classique, on donnait les mêmes actions que dans le cas précédent.

(9) L. 19, L. 39, D., *De min.*, 4, 4. — L. 1, § 1, D., *Ex quib. causis*, 4, 6. — L. 5, L. 7, C., *De temp. in integ. rest.*, 2, 53. — (10) L. 6, D. — P., I, 7, § 4. — L. 3, § 1, D., *De min.*, 4, 4. — L. 7, C., *De in int. rest. min.*, 2, 22. — J., IV, 6, §§ 5, 6. — (11) L. 3, D. — L. 11, § 3, D., *De minor.*, 4, 4. — (12) L. 28, § 6, D., *Ex quib causis*, 4, 6. — G., IV. § 38. — (13) J., IV, 6, § 5. — L. 25, D., *De O. et A.*, 44, 7. — L. 57, D., *Mandati*, 17, 1. — Pellat, *Propriété*, p. 572 et s. — *Basiliques*, 14, 1, 57. — (14) L. 2, § 1, L. 3, L. 4, L. 9, L. 11, L. 14, D., *Ex quib causis*, 4, 6. — (15) L. 2, C., *De annali exceptione*, 7, 40.

FIN

Digitized by Google

ADDENDA ET CORRIGENDA [1]

Page 6, n. 6, *in fine :* au lieu de § 4, lisez § 20.
Page 34, ligne 14, supprimez : « que si aucune autre action n'est possible ».
Page 36, ligne 23, au lieu de : *in quam,* lisez : *in rem.*
Page 41, n. 6, ajoutez : L. 4, D., *De annuis legatis,* 33, 1.
Page 45, ligne 20, au lieu de : par suite doit, lisez : par suite on doit.
Page 63, lignes 9 à 12, au lieu de : elle prévoit le cas d'un pacte conclu *ex intervallo,* lisez : elle prévoit le cas d'une obligation contractée *ad conditionem,* c'est-à-dire sous condition extinctive ; *nisi,* dans ce texte est pris dans le sens de *donec,* comme *donec* a le sens de *nisi* dans la L. 5, § 3, *in fine,* D., *De V. O.,* 45, 1. — L'effet est le même que dans le cas d'obligation contractée *ad tempus certum* (L. 44, § 1, D., *eod.*) ; après l'arrivée de la condition, exception *pacti,* si l'obligation n'a pas encore été acquittée. Si elle a été payée, il ne peut être question de répétition. Dans les deux cas (§ 1 et 2), il s'agit d'une ouverture de crédit à réaliser *usque ad calendas,* ou *donec navis venerit.*
Page 81, ligne 15, ajoutez : le commodataire ne jouit pas du droit de rétention (L. 4, C., *De commodato,* 4, 22).
Page 89, ligne 7, au lieu de : 3°, lisez : 2°.
Page 93, ligne 25, ajoutez : comparaison des résultats de la *cond. c. data* et de l'action *præscriptis verbis.*
Page 107, ligne 25, au lieu de : et par la mort de l'offenseur, lisez : par la mort de l'offenseur, et par celle de l'offensé.
Page 123, ligne 8, ajoutez : sauf le Snc. Velléien.
» ligne 25, supprimez : « nominativement ».
Page 138, ligne 28, au lieu de : pourra, selon nous, recourir par la cession d'action, contre ce débiteur, lisez : ne pourra recourir contre l'autre débiteur. Ce refus de recours est une sanction de la loi Cornelia, (voyez ci-dessus, p. 131, n. 9), que l'on a voulu tourner ici, en déguisant un cautionnement sous la forme d'un engagement corréal (M. Ravarin, Mémoire couronné par la Faculté de Lyon, concours de seconde année. 1882).
Page 140, dernière ligne, au lieu de : donc s'il paie, recours pour le tout, lisez : s'il paie, point de recours, il n'est pas admis à invoquer un cautionnement qu'il a déguisé sous la forme d'un engagement corréal, sans doute pour échapper à la loi Cornelia.
Page 151, ligne 26, au lieu de *acceptilationes,* lisez : *acceptilatione.*
Page 164, ligne 3, supprimez « autre ».
» ligne 27, au lieu de : 4°, lisez : 3°.
Page 173, ligne 27, au lieu de : *rato,* lisez : *dolo.*
Page 184, n. 31, au lieu de : 1882, lisez : 1881, p. 99.
Page 191, et s. au lieu de : *Censia,* lisez : *Cincia.*
Page 203, ligne 20, au lieu de : 1°, lisez : 2°, et augmentez d'une unité les numéros suivants.
Page 204, ligne 18, au lieu de : générales, lisez : spéciales.
Page 221, ligne 15, au lieu de : demandeur, lisez : défendeur.

(1) Plusieurs de ces fautes ont été reconnues pendant le tirage, et n'existent pas dans tous les exemplaires.

CHATEAUROUX. — TYPOGRAPHIE ET STÉRÉOTYPIE A. MAJESTÉ.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

A LA MÊME LIBRAIRIE

Les Constitutions européennes, parlements, conseils provinciaux et communaux, et organisation judiciaire dans les divers États de l'Europe, par G. Demombynes, avocat à la Cour d'appel de Paris, 2e édition revue et augmentée, 1883, 2 forts volumes in-8o. ..... 24 fr. »

Droit maritime, commentaire théorique et pratique du livre II du Code de commerce, — législations comparées, — par Lucien de Valroger, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. 1885, 5 vol. in-8o.. 40 fr. »

Le tome V et dernier paraîtra très prochainement.

Traité des Assurances maritimes, par Emile Cauvet, président du Tribunal civil de Narbonne, 1881, 2 vol. in-8o..... 16 fr. »

Éléments de Droit civil anglais, par Ernest Lehr, docteur en droit, ancien professeur de législation comparée, Conseil de l'ambassade de France en Suisse, 1885, 1 fort vol. in-8o..... 12 fr »

Précis de droit criminel, comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux Codes, par R. Garraud, professeur de droit criminel à la Faculté de droit de Lyon, 2e édition revue et corrigée 1885, 1 volume in-8o..... 10 fr. »

Traité élémentaire de droit international privé, par André Weiss, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon, avocat à la Cour d'appel. 1885, 1 vol. in-8o..... 10 fr. »

Précis de procédure civile, contenant les matières exigées pour 2e examen de baccalauréat, par G. Garsonnet, professeur à la Faculté de droit de Paris, 1885, 1 vol. in-8o..... 10 fr. »

Manuel de droit Constitutionnel, par A. Saint-Girons, lauréat de l'institut, avocat à la Cour d'appel de Lyon, professeur à la Faculté libre de de droit, 1884, 1 volume in-8o..... 8 fr. »

Essai sur le droit international privé, précédé d'une Étude historique sur la condition des étrangers en France et suivi du texte de tous les traités intéressant les étrangers, par Louis Durand, avocat à la Cour d'appel de Lyon, docteur en droit, 1881, 1 vol. in-8o..... 10 fr. »

(Ouvrage couronné par l'Académie de législation de Toulouse.)

Effets internationaux des jugements en matière civile, par Félix Moreau, avocat, docteur en droit, 1884, 1 vol. in-8o..... 5 fr. »

De la faillite des agents de change et de la liquidation de leurs charges, par E. Thaller, professeur à la Faculté de droit de Lyon, 1883, 1 volume in-8o..... 6 fr. »

Des principes du nouveau Code d'Instruction criminelle, discussion du Projet et Commentaire de la loi, par Adolphe Guillot, juge d'instruction à Paris, 1884, 1 vol. in-8o..... 6 fr. »

Principes d'économie politique, par Ch. Gide, professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Montpellier, 1884, 1 volume in-18. 5 fr. »

CHATEAUROUX — TYPOGRAPHIE ET STÉRÉOTYPIE A. MAJESTÉ.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

SUE OCT 18 98

Digitized by Google

Digitized by Google